

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 8. október 2013 í máli nr. E-7461/2010:

Glitnir banki hf.

(Ragnar Björgvinsson hdl.)

gegn

Toppfiski ehf.

(Bogi Guðmundsson hdl.)

Mál þetta, sem dómtekið var 13. september 2013, er höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur 14. desember 2010 af Glitni banka hf., Sóltúni 26, Reykjavík, á hendur Toppfiski ehf., Fiskislóð 65, Reykjavík.

Kröfur aðila

Dómkröfur stefnanda eru þær að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda skuld að fjárhæð 242.757.704 krónur ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 229.420.704 krónum frá 16. október 2008 til 21. október 2008, af 243.275.704 krónum frá 21. október 2008 til 18. mars 2009 og af 242.757.704 krónum frá 18. mars 2009 til greiðsludags. Þá krefst stefnandi þess að stefndi verði dæmdur til að greiða stefnanda málskostnað að skaðlausu að mati réttarins eða samkvæmt síðar framlögðum málskostnaðarreikningi, komi til aðalmeðferðar málsins.

Dómkröfur stefnda eru þær aðallega að stefndi verði sýknaður af öllum kröfum stefnanda. Til vara krefst stefndi lækkunar á dómkröfum stefnanda. Þá krefst stefndi málskostnaðar samkvæmt málskostnaðarreikningi eða samkvæmt mati dómsins.

Atvik máls

Stefnandi og stefndi áttu í umfangsmiklum afleiðu- og gjaldeyrisviðskiptum um árabíl. Þannig gerðu þeir á árinu 2002 með sér 47 stundargengissamninga og 49 framvirka samninga, á árinu 2003 68 stundargengissamninga, 53 framvirka samninga og 2 valréttarsamninga, á árinu 2004 69 stundargengissamninga og 119 framvirka samninga, á árinu 2005 79 stundargengissamninga, 71 framvirkan samning og 3 valréttarsamninga, á árinu 2006 121 stundargengissamning og 134 framvirka samninga, á árinu 2007 130 stundargengissamninga, 132 framvirka samninga og 4 valréttarsamninga og á árinu 2008 252 stundargengissamninga, 213 framvirka samninga og 9 valréttarsamninga. Allir framangreindir samningar eru uppgerðir að frátöldum þeim 14 samningum sem um er deilt í máli þessu og málatilbúnaður stefnanda hvílir á. Um er að ræða 13 afleiðusamninga í formi samninga um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti og einn samning um framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Allir samningarnir fela í sér framlengingu á eldri samningum. Stefndi hefur um langt árabíl starfrækt fiskvinnslu og fiskútflutning frá starfsstöðvum sínum í Reykjavík og á Bakkafirði. Munu tekjur hans að verulegu leyti hafa verið í sterlingspundum og að einhverju marki í öðrum erlendum myntum en rekstrarkostaður að mestu í íslenskum krónum. Mun tilgangur hans með framangreindum afleiðusamningum hafa verið að takmarka gengisáhættu í rekstrinum. Af framangreindum 14 óuppgerðum samningum eru sjö dagsettir 3. október 2008, allir um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Samningarnir bera raðnúmerin SW000001862, SW0000071864, SW0000071865, SW0000071872, SW0000071873, SW0000071876 og SW0000071877 og eru allir með lokagjaldlega 16. október 2008. Samkvæmt samningi nr. SW0000071862, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 34.384.186 íslenskar krónur (ISK) við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 268.000 sterlingspundum (GBP). Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 268.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 34.275.592 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071864, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 62.972.720 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 410.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 410.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 62.806.670 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071865, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 32.488.400 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 200.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 200.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 32.407.400 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071872, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 2.469.085 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 40.571,24 svissneskum frönskum (CHF). Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 40.571,24 svissneska franka gegn afhendingu stefnanda á 2.464.825 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071873, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 64.687.150 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 550.000 evrum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 550.000 evrur gegn afhendingu stefnanda á 64.574.400 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071876, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 2.510.249 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 3.911.751 japönskum jennum (JPY). Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 3.911.751 japönsk jen gegn afhendingu stefnanda á 3.911.751 íslenskri krónu. Samkvæmt samningi nr. SW0000071877, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 16.599.600 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 180.000 bandaríkjadöllum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda

180.000 bandaríkjadali gegn afhendingu stefnanda á 16.571.700 íslenskum krónum. Af framangreindum 14 óuppgerðum samningum eru fimm dagsettir 6. október 2008, allir um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Samningarnir bera raðnúmerin SW000001866, SW0000071867, SW0000071868, SW0000071869 og SW0000071878 og eru allir með lokagjalddaga 16. október 2008. Samkvæmt samningi nr. SW0000071866, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 154.873.000 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 1.200.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 1.200.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 154.507.200 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071867, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 22.068.270 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 161.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 161.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 22.019.165 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071868, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 96.332.960 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 643.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 643.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 96.136.859 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071869, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 200.816.250 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 1.250.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 1.250.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 200.435.000 íslenskum krónum. Samkvæmt samningi nr. SW0000071878, skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 9.872.186 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 83.000 evrum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 83.000 evrur gegn afhendingu stefnanda á 9.857.661 íslenskum krónum. Af framangreindum 14 óuppgerðum samningum er einn dagsettur 9. október 2008, og er hann um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Samningurinn ber raðnúmerið SW0000071870 með lokagjalddaga 16. október 2008. Samkvæmt samningnum skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 50.788.500 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 300.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 300.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 50.721.000 íslenskum krónum. Af framangreindum 14 óuppgerðum samningum er einn dagsettur 19. september 2008, og er hann um framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Samningurinn ber raðnúmerið TE0000021743 með lokagjalddaga 21. október 2008. Samkvæmt samningnum skuldbatt stefndi sig til að afhenda stefnanda 82.955.000 íslenskar krónur við upphaf samningstíma gegn afhendingu á 500.000 sterlingspundum. Við lok samningstíma skyldi stefndi afhenda stefnanda 500.000 sterlingspund gegn afhendingu stefnanda á 82.955.000 íslenskum krónum.

Hinn 7. október 2008 ritaði stjórn Glitnis banka hf. Fjármálaeftirlitinu (FME) bréf þar sem stjórnin kveðst telja fjárhagslega stöðu bankans uppfylla skilyrði 5. gr. laga nr. 125/2008 um heimild til fjárveitingar úr ríkissjóði vegna sérstakra aðstæðna á fjármálamarkaði o.fl. Þann dag ákvað Fjármálaeftirlitið að grípa inn í rekstur stefnanda á grundvelli laga nr. 125/2008 og skipaði stefnanda skilaneftnd. Hinn 14. október 2008 tók Fjármálaeftirlitið þá ákvörðun að flytja hluta af starfsemi stefnanda yfir í nýjan banka, Nýja Glitni banka hf., sem stofnaður hafði verið í því skyni. Tekið er fram í lokamálslið 1.tl. ákvörðunar Fjármálaeftirlitsins að réttindi og skyldur samkvæmt afleiðusamningum flytjist ekki yfir til nýja bankans.

Með bréfi, 15. apríl, 2009, gerði stefndi stefnanda grein fyrir þeirri afstöðu sinni að hann teldi sig með öllu óbundinn af þeim afleiðusamningum sem í gildi hefðu verið milli stefnda og stefnanda, þegar FME hefði tekið ákvörðun um ráðstöfun eigna og skulda stefnanda, 14. október 2008. Til stuðnings þessari afstöðu vísaði stefndi, hvað lagarök varðaði, til 36. gr. laga nr. 7/1936 og brostinna forsendna. Stefndi sendi stefnda innheimtubréf, 27. júlí, 2009, þar sem stefndi var krafinn um greiðslu skuldar á grundvelli framangreindra 14 samninga. Krafan var samtals að höfuðstól 242.575.704 krónur auk dráttarvaxta frá 27. júlí, 2009. Stefndi svaraði framangreindu innheimtubrési stefnanda, 26. ágúst 2009. Í bréfinu ítrekaði stefndi fyrri afstöðu sína til kröfugerðar stefnanda og lýsti þeirri skoðun sinni að úppgerða afleiðusamninga milli stefnanda og stefnda bæri að ógilda til vísan til þeirra raka er í bréfinu greinir. Hinn 27. júlí 2010 sendi Logos lögmansþjónusta, fyrir hönd stefnanda, stefnda innheimtviðvörðun þar sem hann var krafinn um uppgjör á úppgerðum afleiðusamningum stefnda og stefnanda og 14. desember 2010 höfðaði stefndi mál þetta til innheimtu samninganna.

Málsástæður stefnanda og tilvísun til réttarheimilda

Stefndi byggir kröfugerð sína í máli þessu á 14 afleiðusamningum sem séu úppgerðir milli stefnanda og stefnda. Um sé að ræða afleiðuviðskipti í formi samninga um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti og samning um framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Um framangreind viðskipti aðila gildi Almennir skilmálar fyrir markaðsviðskipti stefnanda, sem stjórn stefnda hafi samþykkt 30. mars 2001, með síðari breytingum 29. ágúst 2001. Umræddir samningar hafi verið gerðir í síma og hafi staðfestingar verið sendar til stefnda í kjölfarið í samræmi við 2. gr. fyrrnefndra almennra skilmála og venju milli aðila. Þá hafi stefnda verið send yfirlit yfir útistandandi samninga stefnanda og stefnda með tölvupósti, 24. júní 2008, 2. september 2008, 12. september 2008, 18. september 2008, 22. september 2008, 29. september 2008 og 13. október 2008. Samningarnir um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti geri ráð fyrir viðskiptum stefnanda og stefnda með gjaldeyri bæði í upphafi og lok samningstímans. Í upphafi hvers samnings eigi sér stað svonefnd stundarviðskipti (auðkennd sem fyrri hluti), þar sem gjaldeyris sé seldur gegn íslenskum krónum en samtímis sé samið um framvirk kaup á sömu fjárhæð erlends gjaldeyris við lok samnings (auðkennd sem síðari hluti) gegn greiðslu íslenskra króna. Fyrri hluti hvers samnings sé bókaður undir liðnum stundarviðskipti í viðskiptayfirliti fyrir árið 2008 og síðari hluti sem framvirkur samningur í sama yfirliti. Samningur um framvirk gjaldmiðlaviðskipti feli í sér loforð á samningsdegi þar sem seljandi lofi að selja og kaupandi að kaupa fyrirfram ákveðið magn af einum gjaldmiðli á fyrirfram ákveðnu gengi, fyrir annan gjaldmiðil, á ákveðnum degi í framtíðinni. Krafa stefnanda að fjárhæð 242.575.704 krónur hafi stofnast á grundvelli eftirfarandi samninga um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti og samnings um framvirk gjaldmiðla-viðskipti:

1) Samningi auðkenndum með raðnúmerinu SW0000071862. Samningsdagur hafi verið 3. október 2008, kl. 13:15:06, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 34.384.186 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 268.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngildi genginu GBP 128,2992 með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 34.275.592 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu GBP 127,894 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 34.275.592 íslenskar krónur, sem jafngildi 177.685,81 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir standi tap stefnda, sem nemi 90.314,19 sterlingspundum, sem jafngilt hafi 17.421.608 íslenskum krónum. Notast sé við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

2) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071864. Samningsdagur hafi verið 3. október 2008, kl. 13:26:34, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 62.972.720 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 410.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu GBP 153,592 með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 62.806.670 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu 153,187 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 62.806.670 íslenskar krónur, sem jafngildi 325.591,86 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir standi tap stefnda, sem nemi 84.408,14 sterlingspundum, sem jafngildi 16.282.330 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

3) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071865. Samningsdagur hafi verið 3. október 2008, kl. 13:27:42, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 32.488.400 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 200.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngilt hafi gengi GBP 162,422 með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 32.407.400 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi gengi GBP 162,037 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 32.407.400 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 168.001,04 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir standi tap stefnda, sem nemi 31.998,86 sterlingspundum, sem jafngildi 6.172.600 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr.

2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

4) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071866. Samningsdagur hafi verið 6. október 2008, kl. 13:36:34, með afhendingardegi þann, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 154.873.000 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 1.200.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngilt hafi gengi GBP 129,0608334 með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 154.507.200 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi gengi GBP 128,756 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 154.507.200 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 800.970,45 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 399.029,55 sterlingspundum, sem jafngilt hafi 76.972.800 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

5) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071867. Samningsdagur hafi verið 6. október 2008, kl. 13:37:50, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 22.068.270 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 161.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngilt hafi gengi GBP 137,07 með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 22.019.165 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi gengi GBP 136,765 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 22.019.165 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 114.148,08 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 46,851,92 sterlingspundum, sem jafngilt hafi 9.037.735 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

6) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071868. Samningsdagur hafi verið 6. október 2008, kl. 13:39:43, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 96.332.960 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 643.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngilt hafi gengi GBP 149,817978 með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 96.136.859 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi gengi GBP 149,513 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 96.136.859 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 498.376,67 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 144.623,33 sterlingspundum, sem jafngilt hafi 27.897.841 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við

umreikning skuldar stefnda í íslenskum krónum. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

7) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071869. Samningsdagur hafi verið 6. október 2008, kl. 14:12:21, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 200.816.250 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 1.250.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu GBP/ISK 160,653, með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 200.435.000 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu GBP/ISK 160,348. Stefnandi hafi greitt 200.435.000 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 1.039.061,69 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 210.938,31 sterlingspundum, sem jafngilt hafi 40.690.000 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

8) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071870. Samningsdagur hafi verið 9. október 2008, kl. 14:13:52, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 50.788.500 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 300.000 sterlingspundum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu GBP/ISK 169,295, með loforði um að selja stefnanda sama magn sterlingspunda gegn afhendingu stefnanda á 50.721.000 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu GBP/ISK 169,07. Stefnandi hafi greitt 50.721.000 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 262.939,35 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 37.060,65 sterlingspundum, sem jafngilt hafi 7.149.000 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 192,9, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

9) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071872. Samningsdagur hafi verið 3. október 2008, kl. 14:19:04, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 2.469.085 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 40.571,24 svissneskum frönkum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu CHF/ISK 60,858, með loforði um að selja stefnanda sama magn svissneskra franka gegn afhendingu stefnanda á 2.464.825 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu CHF/ISK 60,753. Stefnandi hafi greitt 2.464.825 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 24.957,72 svissneskum frönkum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda

hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 15.613,52 svissneskum frönkum, sem jafngilt hafi 1.541.991 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið CHF/ISK 98,76 sbr. fyrirliggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

10) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071873. Samningsdagur hafi verið 3. október 2008, kl. 14:26:11, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 64.687.150 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 550.000 evrum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu EUR/ISK 117.613, með loforði um að selja stefnanda sama magn evra gegn afhendingu stefnanda á 64.574.400 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu EUR/ISK 117,408. Stefnandi hafi greitt 64.574.400 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 429.065,78 evrum, með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 120.934,22 evrum, sem jafngilt hafi 18.200.600 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið EUR/ISK 150,5, sbr. fyrirliggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

11) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071876. Samningsdagur hafi verið 3. október 2008, kl. 14:47:37, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 2.510.249 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 3.911.751 japönskum jenum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu JPY/ISK 0,64172, með loforði um að selja stefnanda sama magn japanskra jena gegn afhendingu stefnanda á 3.911.751 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu JPY/ISK 0,64127 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 2.508.489 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 2.248.556,15 japanskra jena með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 1.663.194,85 japanskra jena, sem jafngilt hafi 1.855.460 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið JPY/ISK 1,1156, sbr. fyrirliggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

12) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071877. Samningsdagur hafi verið 3. október 2008, kl. 14:58:00, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 16.599.600 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 180.000 bandaríkjadöllum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu USD/ISK 92,22, með loforði um að selja stefnanda sama magn bandaríkjadala gegn afhendingu stefnanda á 16.571.700 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu USD/ISK 92,065. Stefnandi hafi greitt 16.571.700 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 148.133,55 bandaríkjadöllum með skuldajöfnuði á

afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 31.866,45 bandaríkjadöllum, sem jafngilt hafi 3.564.900 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið USD/ISK 111,87, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála.

13) Samningi auðkenndum með númeri SW0000071878. Samningsdagur hafi verið 6. október 2008, kl. 14:46:23, með afhendingardegi, 16. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi selt 9.872.186 íslenskar krónur gegn afhendingu stefnanda á 83.000 evrum á samningsdegi, sem jafngilt hafi genginu EUR/ISK 118,942, með loforði um að selja stefnanda sama magn evra gegn afhendingu stefnanda á 9.857.661 íslenskum krónum, 16. október 2008, sem jafngilt hafi genginu EUR/ISK 118,767 gagnvart íslenskri krónu. Stefnandi hafi greitt 9.857.661 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 65.499,41 evrum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 17.500,59 evrum, sem jafngilt hafi 2.633.839 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið EUR/ISK 150,5, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 10. október 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

14) Samningi auðkenndum með númeri TE0000021743. Samningsdagur hafi verið 19. september 2008, kl. 14:46:23, með afhendingardegi, 21. október 2008. Samkvæmt samningnum hafi stefndi lofað að selja stefnanda 500.000 sterlingspundum gegn afhendingu stefnanda á 82.955.000 íslenskum krónum á afhendingardegi, sem jafngilt hafi genginu GBP/ISK 165,91. Loforð stefnda hafi ekki verið eftt og engir fjármunir afhentir stefnanda. Stefnandi hafi greitt 82.955.000 íslenskar krónur, sem jafngilt hafi 428.442,31 sterlingspundum með skuldajöfnuði á afhendingardegi. Af því leiði að skylda stefnanda hafi skuldajafnast við skyldu stefnda. Eftir hafi staðið tap stefnda, sem numið hafi 71.557,69 sterlingspundum, sem jafngilt hafi 13.855.000 íslenskum krónum. Notast hafi verið við miðgengi Seðlabanka Íslands á afhendingardegi við umreikning skuldar stefnda í íslenskar krónur. Gengið hafi verið GBP/ISK 193,62, sbr. fyrirbyggjandi útreikninga. Samningurinn hafi verið staðfestur í síma, 19. september 2008, í samræmi við 3. mgr. 2. gr. almennra skilmála fyrir markaðsviðskipti, sbr. 5. gr. sömu skilmála. Þá hafi fyrri hluti viðskiptanna þegar verið gerður upp, án athugasemda af hálfu stefnda.

Framangreindir 14 samningar hafi allir verið framlengingar á eldri samningum sama efnis. Í upptökum af samtölum Jóns Steins Elíassonar, fyrirsvarsmanns stefnda og Eiríks Ragnars Eiríkssonar, þáverandi starfsmanns stefnanda, komi fram að stefndi hafi óskað eftir því að afleiðusamningar hans og stefnanda yrðu framlengdir. Í máli Eiríks Ragnars komi fram að mögulegt sé að stefnandi verði ekki starfandi sem banki eða muni taka þá ákvörðun að ekki verði hægt að framlengja afleiðusamninga, líkt og verið hafði. Stefnandi hafi samt sem áður ákveðið

að eiga umrædd viðskipti enda hafi samningar hans verið nettó í tapi. Stefnandi byggir heimild sína til skuldajöfnunar á 4. gr. Almennra skilmála stefnanda fyrir markaðsviðskipti. Skilmálarnir geri ráð fyrir því að ef afleiðuviðskipti séu ekki gerð upp, samkvæmt efni sínu á gjalddaga, skuli skyldur aðila samkvæmt hverri afleiðu jafnast hver á móti annarri með skuldajöfnun. Stefnandi hafi því jafnað skuldbindingum aðila saman, samkvæmt sérhverjum samningi, á gjalddaga samningsins. Stefnandi byggir heimild sína til skuldajöfnunar jafnframt á almennum reglum kröfuréttar um skuldajöfnun samrættra krafna, líkt og hér eigi við. Samkvæmt þeim skuli skuldajöfnun miðast við gjalddaga skuldbindinga. Tekið skuli fram að krafa stefnanda sé umreiknuð yfir í íslenskar krónur á gjalddaga samkvæmt heimild í 7. gr. Almennra skilmála stefnanda fyrir markaðsviðskipti með síðari breytingum. Við umreikning fjárhæða í íslenskar krónur sé notast við skráð gengi Seðlabanka Íslands. Samkvæmt 19. gr. laga nr. 36/2001 um Seðlabanka Íslands skuli notast við það gengi til viðmiðunar í samningum og dómsmálum, þegar önnur gengisviðmiðun sé ekki sérstaklega tiltekin. Dráttavaxtakrafa stefnanda sé miðuð við lokadag framangreindra skiptasamninga stefnanda og stefnda, en það sé jafnframt gjalddagi þeirra, sbr. c-lið 7. gr. Almennra skilmála stefnanda fyrir markaðsviðskipti með síðari breytingum. Stefnandi hafi ekki orðið við ítrekuðum áskorunum stefnanda um að greiða skuldina. Hafi stefndi tilkynnt stefnanda að umræddir samningar skuldbindi hann ekki, auk þess sem hann hafi áskilið sér rétt að grípa til varna í dómsmáli. Stefnandi telji að umræddir samningar hafi komist á, í samræmi við lög, samningsskilmála og markaðsframkvæmd og að kröfur hans á grundvelli samninganna njóti lögverndar samkvæmt íslenskum lögum. Þar sem sáttaumleitanir hafi ekki borið árangur hafi stefnanda reynst nauðsynlegt að höfða mál þetta til heimtu skuldarinnar. Til stuðnings kröfum sínum vísi stefnandi til almennra reglna samninga- og kröfuréttar um efndir fjárskuldbindinga, laga um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007, sbr. sérstaklega V. kafla laganna. Kröfur um dráttarvexti styðji stefnandi við reglur III. kafla laga nr. 38/2001 einkum 5. gr. og 1. mgr. 6. gr. Krafa um málskostnað byggir á XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, einkum 1. mgr. 130. gr.

Málsástæður stefnda og tilvísun til réttarheimilda

Stefndi byggir sýknukröfu sína í fyrsta lagi á því að samningar þeir sem stefnandi vísi til í stefnu séu ógildir vegna brota stefnanda á ákvæðum laga um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007 og reglugerðar nr. 995/2007 um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármálafyrirtækja og brota á þeim tilskipunum Evrópusambandsins sem löggin séu byggð á, tilskipun 2004/39/EB og tilskipun 2006/73/EB. Byggi sýknukrafa stefnda að þessu leyti annars vegar á því að stefndi hafi sem almennur fjárfestir ekki haft hæfi til að gera þá samninga sem hér um ræði og hins vegar á því að stefnandi hafi brotið með grófum og alvarlegum hætti á skyldum sínum um fjárfestavernd samkvæmt ákvæðum laga nr. 108/2007. Með setningu framangreindra laga um verðbréfavíðskipti og reglugerð hafi verið innleiddar grundvallarbreytingar á löggjöf um verðbréfavíðskipti hér á landi þ.e. með lögfestingu ákvæða svonefndrar MiFID-tilskipunar (e. Markets in Financial Instruments Directive), nánar tiltekið tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/39/EB frá 21. apríl 2004 um markaði fyrir fjármálagerninga og um breytingu

á tilskipunum ráðsins 85/611/EB og 93/6/EB og tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2000/12/EB og um niðurfellingu á tilskipun ráðsins 93/22/EB (hér eftir „MiFID-tilskipunin“). Nánari skýringar á tilskipun 2004/39/EB sé að finna í innleiðingartilskipun framkvæmdastjórnarinnar 2006/73/EB (hér eftir „innleiðingartilskipunin“). Samhliða innleiðingu tilskipunarinnar með lögum nr. 108/2007 hafi nánari reglur verið settar með reglugerð um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármálafyrirtækja nr. 995/2007 en reglugerðinni hafi verið ætlað að skýra lögina með sama hætti og innleiðingartilskipunin skýri MiFID-tilskipunina. Í 4. gr. MiFID tilskipunarinnar, tl. 10 – 12, sé viðskiptavinur (e. client) skilgreindur sem einstaklingur eða lögaðili sem fjármálafyrirtæki fjárfesti fyrir og/eða annist sambærilega þjónustu fyrir. Viðskiptavinur geti samkvæmt greininni verið annað hvort fagfjárfestir (e. professional client) eða almennur fjárfestir (e. retail client). Í 38. gr. innleiðingartilskipunarinnar sé fjallað um veitingu þjónustu með einfalda fjármálagerninga. Þar segi að fjármálagerningar sem ekki sé fjallað um í grein 19 í tilskipun 2004/39/EB teljist einfaldir enda fullnægi þeir eftirfarandi skilgreiningu: a) þeir falli ekki undir grein 4(1)(18)(c) eða liði (4) til (10) í kafla C í viðauka 1 við tilskipun 2004/39/EB. Afleiður séu taldar upp í 4. – 7. tl. kafla C í viðauka 1 og teljist samkvæmt tilskipunum Evrópusambandsins ekki til einfaldrar fjármálagerninga. Sé þetta í samræmi við viðtekna skoðanir fræðimanna hér á landi um að afleiður geti ekki talist til einfaldrar fjármálagerninga. Lögfesting framangreindra tilskipana Evrópusambandsins hafi annars vegar farið fram með setningu laga nr. 108/2007 og hins vegar með setningu reglugerðar nr. 995/2007 um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármálafyrirtækja. Samkvæmt 1. mgr. 16. gr. laga nr. 108/2007 sé fjármálafyrirtæki sem veiti aðra þjónustu en um geti í 1. mgr. 15. gr. laganna skylt að afla sér upplýsinga um þekkingu og reynslu viðskiptavinar eða hugsanlegs viðskiptavinar á sviði verðbréfavíðskipta til þess að geta metið hvort tiltekin þjónusta eða vara sé viðeigandi fyrir viðskiptavininn. Frávik frá þessari meginreglu sé að finna í 4. mgr. 16. gr. laga nr. 108/2007 en samkvæmt því ákvæði sé fjármálafyrirtæki ekki skylt að afla sér upplýsinga um þekkingu og reynslu viðskiptavina og meta hvort viðkomandi vara eða þjónusta sé viðeigandi fyrir þá, þegar þjónustan felist eingöngu í að framkvæma, taka við eða miðla fyrirmælum um einfalda fjármálagerninga eins og þeir séu skilgreindir í ákvæðinu. Í ákvæðinu séu taldar upp ákveðnar tegundir fjármálagerninga sem skuli teljast vera einfaldir gerningar: i) hlutabréf sem hafa verið skráð á skipulegan fjármálamarkað, ii) peningamarkaðskjöl, iii) skuldabréf og annars konar skuld samkvæmt verðbréfi sem hefur ekki í sér innbyggða afleiðu, iv) hlutdeildarskírteini og v) aðrir einfaldir fjármálagerningar. Í 38. gr. reglugerðar nr. 995/2007 sé nánar skilgreint hvaða aðrir fjármálagerningar geti talist vera einfaldir. Samkvæmt reglugerðinni falli afleiðusamningar, sem taldir séu upp í d-lið 2. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 108/2007, í flokk einfaldari fjármálagerninga og sé það í fullkomnu ósamræmi við 52. gr. innleiðingartilskipunarinnar sem fellir alla afleiðusamninga undir flokk flóknari fjármálagerninga. Ef aðeins sé horft á ákvæði reglugerðarinnar mætti draga þá ályktun að viðskiptavinir íslenskra fjármálastofnana njóti ekki þeirrar réttarverndar sem aðrir fjárfestar njóti sem eigi víðskipti með verðbréf annars staðar innan EES - svæðisins. Þrátt fyrir þessa annmarka í innleiðingarferlinu þá byggir stefndi á því að íslensk lög og reglugerðir beri að skýra í samræmi við tilgang þeirra og túlka með hliðsjón af þeim reglum sem þeim sé ætlað að endurspegla. Í ljósi þeirrar staðreyndar, þess að með setningu nýrra laga um verðbréfavíðskipti árið 2007 hafi ætlunin verið að innleiða MiFID-tilskipunina og þess að reglugerð nr. 995/2007 hafi verið ætlað að endurspegla innleiðingartilskipunina, beri að túlka lög nr. 108/2007 og reglugerð nr. 995/2007 til samræmis við framangreindar tilskipanir

Evrópusambandsins. Framangreind skýringarsjónarmið eigi sér lagastoð í 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, sem mæli fyrir um að skýra beri lög og reglur, að svo miklu leyti sem við eigi, til samræmis við EES - samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Stefndi byggja á því að lögfesting ákvæða MiFID-tilskipunarinnar hafi falið í sér að ítarlegar form- og efnisreglur, sem fjármálafyrirtækjum hafi borið að gæta að í starfsemi sinni, hafi verið innleiddar í íslenskan rétt. Með innleiðingu áður nefndra tilskipana hafi ætlunin ekki verið að draga úr þeirri vernd sem fjárfestum sé ætlað að njóta samkvæmt MiFID-tilskipuninni og innleiðingartilskipun hennar. Því beri að fara eftir íslensku lögunum og reglugerðinni, að því marki sem þessar réttarheimildir séu samrýmanlegar tilskipunum Evrópusambandsins, en greini á milli þessara réttarheimilda, gangi tilskipanirnar framur íslensku ákvæðunum. Samkvæmt 1. mgr. 21. gr. laga nr. 108/2007 og 25. gr. reglugerðar nr. 995/2007 skuli fjármálafyrirtæki flokka viðskiptavinum sína í viðurkennda gagnaðila, fagfjárfesta og almenna fjárfesta. Skuli viðskiptavinum gerð grein fyrir því í hvaða flokk þeir falli. Almennir fjárfestar njóti mestrar verndar samkvæmt verðbréfavíðskiptalögum. Hæfi almennra fjárfesta sé takmarkað við viðskipti með einfalda fjármálagerninga, sbr. 38. gr. innleiðingartilskipunarinnar. Rétt sé að ítreka að afleiður, bæði skráðar og óskráðar, teljist vera flóknir fjármála-gerningar samkvæmt skilgreiningu Evrópusambandsins. Framvirkir gjaldmiðla-samningar og skiptasamningar (e. swaps) séu afleiður samkvæmt skilgreiningu 2. gr. laga nr. 108/2007. Af því leiði að viðskipti með afleiður séu ekki heimilaðar almennum fjárfestum. Því skuli haldið til haga að hegðunarreglur fjármálafyrirtækja skiptist í tvo flokka. Annars vegar almennar hegðunarreglur, sbr. 5. gr. laga nr. 108/2007, en samkvæmt því ákvæði beri fjármálafyrirtæki að starfa í samræmi við eðlilega og heilbrigða viðskiptahætti og venjur í verðbréfavíðskiptum, með trúverðugleika fjármálamarkaðarins og hagsmunum viðskiptavina að leiðarljósi og hins vegar sérstakar hegðunarreglur sem fjármálafyrirtækjum beri að gæta að, þ. á m. við flokkun viðskiptavina og svonefnt tilhlýðileikamat, sbr. 16. gr. laga nr. 108/2007 um verðbréfavíðskipti. Stefndi haldi því fram að stefnandi hafi gerst brotlegur hvort tveggja við hinar almennu og hinar sérstöku hegðunarreglur sem innleiddar hafi verið með lögum nr. 108/2007, 1. nóvember 2007. Við gildistöku laga nr. 108/2007, 1. nóvember 2007, hafi stefndi, um nokkurra ára skeið, stundað viðskipti við stefnanda á grundvelli gjaldmiðlaskiptasamninga. Óumdeilt sé að stefndi hafi stundað slík viðskipti, þegar lögin hafi tekið gildi. Samkvæmt ákvæði II til bráðabirgða í lögum nr. 108/2007 hafi fjármálafyrirtækjum verið heimilt að flokka aðila, sem þau hafi verið í viðskiptum við og talist hafi verið fagfjárfestar við gildistöku laganna, 1. nóvember 2007, sem fagfjárfesta, enda hefði viðkomandi aðili verið skilgreindur sem fagfjárfestir samkvæmt mati á þekkingu og reynslu til að taka ákvarðanir um fjárfestingar. Hafi fjármálafyrirtækjum borið að gera viðkomandi fagfjárfesti grein fyrir slíkri ákvörðun. Þar að auki hafi verið gerður áskilnaður um að slík flokkun hefði verið gerð á grundvelli mats á þekkingu og reynslu aðilans. Með lögunum hafi matinu verið breytt úr huglægu mati fjármálafyrirtækis á þekkingu fjárfestis í hlutlægt mat, sem byggt hafi verið á þeim forsendum, sem settar hafa verið í lögum nr. 108/2007. Stefnda hafi aldrei verið tilkynnt að hann hefði verið flokkaður sem fagfjárfestir eftir gildistöku laga nr. 108/2007, 1. nóvember 2007. Þá hafi aldrei farið fram mat á hæfi stefnda í tíð eldri laga. Hins vegar liggi fyrir í gögnum málsins að eftir gildistöku laganna, 1. nóvember 2007, hafi stefnandi framkvæmt hæfismat á stefnda í samræmi við lagaskyldu og hafi niðurstaða þess orðið sú að stefndi hafi verið flokkaður sem almennur fjárfestir. Sérstaklega skuli áréttað að stefndi uppfylli engin af hlutlægum skilyrðum þess að vera fagfjárfestir eins og þau

komi fram í 9. tl. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 108/2007. Flokkun stefnda sem fagfjárfestis hafi því einungis getað orðið á grundvelli e-liðar ofangreinds ákvæðis þar sem vísað sé til skilyrða 24. gr. laganna. Hefði stefndi þurft að uppfylla a.m.k. tvö af þremur skilyrðum greinarinnar:

- a. hafa átt umtalsverð viðskipti á verðbréfamörkuðum næstliðna fjóra ársfjórðunga, að meðaltali a.m.k. tíu sinnum á hverjum ársfjórðungi,
- b. verðgildi verðbréfaeignar fjárfestis skal nema meira en 46,2 millj. kr., fjárhæð þessi er grunnfjárhæð sem er bundin gengi evru (EUR) 3. janúar 2007 (92,37),
- c. fjárfestir skal gegna eða hafa gegnt í að minnsta kosti eitt ár stöðu á fjármálamarkaði sem krefst sérþekkingar á fjárfestingum í verðbréfum.

Eins og fram komi í prófi því sem framkvæmt hafi verið af hálfu stefnanda hafi prófið leitt í ljós að stefndi hafi ekki uppfyllt þessi skilyrði. En jafnvel þótt svo hefði verið sé það jafnframt skilyrði fyrir flokkun sem fagfjárfestir samkvæmt 24. gr. að viðkomandi aðili hafi sjálfur óskað eftir því að banki færi með viðkomandi sem fagfjárfesta. Stefnandi hafi haft sérstök eyðublöð í gildi í þessum tilgangi frá gildistöku laga nr. 108/2007. Engin gögn liggja fyrir um að stefndi hafi óskað eftir því við stefnanda. Þvert á móti liggja fyrir mat um að stefndi hefði ekki getað breytt réttarstöðunni þar sem hann hafi ekki uppfyllt tvö af þeim skilyrðum sem útlistuð séu í 24. gr. laga nr. 108/2007. Ennfremur skuli fjármálafyrirtæki undir slíkum kringumstæðum gefa viðskiptavini skýra skriflega viðvörðun um þá réttarvernd og þann bótarétt, sem hann kunnir að verða af við flokkun sem fagfjárfestir. Hefði stefndi verið skilgreindur sem fagfjárfestir hefði hann þurft að lýsa því yfir í sérstöku skjali að honum væri kunnugt um afleiðingar þess að missa þá réttarvernd sem hann hafi áður notið sem almennur fjárfestir. Engin slík yfirlýsing hafi verið undirrituð af stefnda enda hafi félagið að mati stefnanda ekki uppfyllt efnisskilyrði laga til þess að geta hlotið flokkun á grundvelli 24. gr. laga nr. 108/2007 sem fagfjárfestir. Af framansögðu sé ekki einungis ljóst að stefndi hafi hvorki uppfyllt almenn né sérstök skilyrði fyrir því að vera flokkaður sem fagfjárfestir, heldur sé líka ljóst að stefnandi hafi sjálfur framkvæmt próf í samræmi við lagaskyldu og flokkað stefnda sem almennan fjárfesti í kjölfarið. Af því leiði að stefnandi hafi bæði brotið gegn sínum eigin verklagsreglum um framkvæmd viðskipta sem og gegn skýru lagaboði um fjárfestavernd með því að stunda afleiðuviðskipti við almennan fjárfesti eftir gildistöku laga nr. 108/2007. Enn skuli áréttað að tilgangur MiFID tilskipunarinnar, sem innleidd hafi verið hér á landi nokkru áður en lögskipti þau sem um sé þrætt í máli þessu hafi átt sér stað, hafi verið að veita almennum fjárfestum aukna vernd og leggja sérstakar skyldur á fjármálafyrirtæki í þeim tilgangi. Krafa stefnanda í máli þessu hvíli á samningum sem aldrei hefðu verið gerðir, ef hann hefði fylgt skýru lagaboði um flokkun viðskiptavina og tilhlýðileika viðskipta. Stefnandi byggir á því að einn megintilgangur laga nr. 108/2007 sé að flokka viðskiptavini fjármálafyrirtækja í almenna fjárfesta og fagfjárfesta og að veita almennum fjárfestum meiri vernd en fagfjárfestum. Að fjármálafyrirtæki láti almennan fjárfesta stunda viðskipti, sem ekki séu á þeirra færi heldur eingöngu fagfjárfesta, sé skýrt og alvarlegt lagabrot. Brot á lögunum hafi í för með sér afleiðingar fyrir þann sem veita eigi verndina, þ.e. fjármálafyrirtækið. Fjárfestaverndin sem MIFID-tilskipuninni sé ætlað að tryggja væri gagnslaus ef

stefnandi, hið brotlega fjármálafyrirtæki, gæti byggt rétt á slíkum samningum. Brot stefnanda á ofangreindum lagaskyldum leiði til þess, með vísan til 33. og 36. gr. laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga nr. 7/1936, að umræddir samningar séu ólögmatir og því óskuldbindandi fyrir stefnda. Beri þegar af þeirri ástæðu að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda. Þá byggi stefndi á því að stefnandi hafi gerst brotlegur við 8. gr. laga nr. 108/2007 sem ætlað sé að koma í veg fyrir hagsmunaárekstra. Samkvæmt lagagreininni beri fjármálafyrirtæki að greina hagsmunaárekstra milli fyrirtækisins sjálfs annars vegar, þ.m.t. starfsmanna þess, einkaumboðsmanna eða aðila sem lúti yfirráðum þess, og viðskiptavina þess hins vegar og milli viðskiptavina fyrirtækisins innbyrðis. Veiti ráðstafanir ekki fullnægjandi vissu fyrir því að hagsmuna viðskiptavina sé nægjanlega gætt skuli fjármálafyrirtæki upplýsa viðkomandi viðskiptavini um eðli og ástæður hagsmunaárekstranna áður en til viðskipta sé stofnað milli fjármálafyrirtækis og viðskiptavinarins. Að mati stefnda sé nú, eftir ítarlega rannsókn af hálfu Rannsóknarnefndar Alþingis, á aðdraganda bankahrunsins, sbr. 13. kafla Rannsóknarskýrslu Alþingis, hafið yfir allan vafa að stefnandi hafi tekið gagngerða stöðu gegn íslensku krónunni og hafði þannig haft ríka hagsmuni af lækkun hennar, meðal annars til að uppfylla lagaskilyrði um eiginfjárhlutfall fjármálafyrirtækja. Á sama tíma hafi stefnandi annast framvirk gjaldmiðlaviðskipti og gjaldmiðla-skiptasamninga fyrir stefnda, með íslensku krónuna sem undirliggjandi gjaldmiðil. Stefnandi hafi aldrei upplýst stefnda um markvissa stöðutöku sína gegn íslensku krónunni og enn síður um þá staðreynd að hagsmunir hans af gengi krónunnar væru andstæðir hagsmunum stefnda. Brot stefnanda séu með þeim alvarlegustu sem um geti í fjármálaheiminum og hafi þau haft bein áhrif á stöðu þeirra samninga sem viðskiptavinir bankans hafi átt í, þ.á.m. stefndi. Með þessari háttsemi hafi stefnandi fyrirgert rétti sínum til krefjast efnda á samningum sem hann hafi beinlínis unnið að því að koma í neikvæða stöðu fyrir stefnda. Stefnandi byggi á því að þessi alvarlegu brot á lögbundnum hátternisreglum stefnanda leiði til þess að allir þeir samningar, sem stefndi hafi gert við stefnanda í góðri trú og tilgreindir séu í stefnu, séu ógildir á grundvelli ógildingarreglna laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggerninga nr. 7/1936, einkum með vísan til 33. og 36. gr. laganna. Það fari ekki milli mála að stefnandi hafi með allri háttsemi sinni skaðað stefnda og valdið honum miklu tjóni. Af öllu framangreindu virtu beri að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda. Stefnandi byggir sýknukröfu sína í öðru lagi á því að stefnandi hafi vanefnt samninga sína við stefnda frá og með því tímamarki sem stefnandi hafi orðið ógjaldfær samkvæmt eigin yfirlýsingum. Með vísan til skilmála sem um viðskiptin gildi, sé stefndi í ljósi vanefnda stefnanda óskuldbundinn af þeim samningum sem um sé að tefla í máli þessu. Um réttarsamband aðila gildi staðfestingar á þeim viðskiptum sem aðilar hafi átt sín á milli, Almennir skilmálar fyrir markaðsviðskipti stefnanda (hér eftir skilmálar stefnanda) og Almennir skilmálar fyrir framvirk gjaldmiðlaviðskipti og skiptasamninga, útgefnir af Sambandi íslenskra viðskiptabanka og Sambandi íslenskra sparisjóða, 1. útgáfa, febrúar 1998, (hér eftir skilmálar SFF), sem vísað sé sérstaklega til í 10. gr. skilmála stefnanda. Til fyllingar skilmálum SFF séu alþjóðlega samþykktir skilmálar ISDA (International Swaps and Derivatives Association). Stefnandi hafni alfarið þeirri túlkun stefnanda sem fram komi í stefnu að lögskipti aðila máls þessa falli einvörðungu undir skilmála stefnanda. Stefnandi byggi mál sitt í einu og öllu á því að honum sé heimilt samkvæmt 4. gr. skilmála stefnanda að skuldajafna samningum sínum við stefnda, miðað við stöðu hvers samnings á viðkomandi gjalddaga. Á þessu ákvæði byggi stefnandi kröfu sína um að skuldajöfnun leiði til þeirrar niðurstöðu að stefndi skuldi þá upphæð sem krafist sé í stefnu. Túlkun stefnanda á skilmálunum eigi sér

hvorki stoð í orðalagi tilgreinds ákvæðis, tilgangi skilmálanna eða því hvernig þeir séu upp settir. Ef litið sé til skilmála stefnanda megi sjá að þeir kveði einvörðungu á um skyldur viðskiptamanns gagnvart stefnanda og heimildir stefnanda, komi til þess að viðskiptamaður stefnanda vanefni samningana, sbr. 7. gr. skilmála stefnanda. Skilmálarnir séu einhliða, sem feli í sér að þeir taki einungis á því hvaða réttarúrræði og hvernig uppgjör viðskipta skuli fara fram, ef viðskiptavinur vanefni samninginn. Í þessu felist að skilmálarnir taki ekki á því hvað gerist ef stefnandi vanefni samninginn, m.a. þegar hann verði gjaldþrota, fari í greiðslustöðvun eða verði ófær um að standa við skuldbindingar sínar með öðrum hætti. Hins vegar komi fram í 10. gr. skilmálanna tilvísun til skilmála SFF sem ætlað sé að gilda um þau atriði, sem ekki sé kveðið sérstaklega á um í markaðsskilmálum stefnanda. Hér skuli áréttað að stefnandi, sem haft hafi forræði á allri samningsgerð, hafi valið sérstaklega að hafa samningana á þessa leið og veki því furðu að stefnandi skuli halda því fram að einvörðungu skilmálar stefnanda gildi um réttarsamband aðila. Þar sem ekki sé tekið á því í skilmálum stefnanda hvað gerist þegar stefnandi sé ógjaldfær og hvaða vanefndarúrræði séu fyrir hendi þegar stefnandi vanefni samninginn, eins og liggi fyrir í málinu að verið hafi raunin, 7. október 2008, leiði beint af 10. gr. skilmálanna að líta verði til skilmála SFF til að skýra réttarstöðu aðila. Ólíkt skilmálum stefnanda þá séu skilmálar SFF tvíhliða og geri ráð fyrir því að bankinn annars vegar og viðskiptavinurinn hins vegar geti vanefnt samninginn. Skilmálar SFF skiptist í tvo hluta. Annars vegar skilmála fyrir framvirk gjaldmiðlaviðskipti og hins vegar skiptasamninga. Í 3. gr. skilmála SFF um framvirk gjaldmiðlaviðskipti, sem sé efnislega samhljóða 9. gr. skilmála SFF um skiptasamninga, sé lýst ákveðnum afbrigðum af vanefndum og hvaða réttaráhrif slíkar vanefndir hafi í för með sér. Megininntak 3. gr. og 9. gr. skilmála SFF sé að tryggja rétt gagnaðila þess, sem líklegur sé til að vanefna sínar samningskyldur, til að neyta réttarúrræða, ef aðili samnings sé ekki fær um að efna sinn hluta samningsins. Þar sem framvirkir gjaldmiðlasamningar og skiptasamningar séu tvíhliða samningar, sem feli í sér skyldu af beggja hálfu, sé grunnforsenda samningsins að báðir aðilar geti efnt gagnkvæma samningskyldu sína. Af þeim sökum sé tekið sérstaklega á því hvaða úrræða gagnaðili þess aðila, sem ákveðnar líkur séu fyrir að geti ekki efnt samninginn, geti gripið til, komi slík skilyrði fram. Ákvæði 3. gr. og 9. gr. skilmála SFF eigi sér fyrirmynd í 5. gr. skilmála ISDA frá 1987, 1992 og 2002. ISDA, sem viðurkennt sé og nýtt sé sem samningsform um viðskipti sem þessi út um allan heim, þar á meðal af stefnanda, í fjölmörgum viðskiptum við erlenda gagnaðila. Nauðsynlegt sé að hafa ISDA skilmálana til hliðsjónar við túlkun á skilmálum SFF enda ljóst að skilmálar SFF séu uppsettir á sama máta og svari efnislega til ISDA skilmálanna frá 1987 og 1992. Í 5. gr. ISDA skilmálanna frá 1987 og 1992 séu tekin fyrir ýmis konar afbrigði af vanefndum en sömu grunnrökin búi að baki þ.e. að gagnaðili öðlist rétt til þess að neyta vanefndarúrræða, sem kveðið sé á um í samningnum, séu löglíkur fyrir því að gagnaðilinn geti ekki efnt sína skuldbindingu samkvæmt samningnum, sbr. 70 gr. og 71 gr. Stefndi hafi ætíð haldið því fram að stefnandi hafi í síðasta lagi vanefnt þá samninga sem verið hafi útistandandi, 7. október 2008, og séu vanefndirnar enn til staðar. Á undanförunum misserum hafi þar að auki komið fram upplýsingar sem sýni að stefnandi hafi í raun verið í þeirri stöðu mun fyrr og jafnvel áður en aðilar hafi gert samningana sín á milli. Hefði stefnandi átt löngu fyrr að gefa félagið upp til skipta enda ljóst að stefnandi gæti ekki staðið við skuldbindingar sínar. Stefndi byggi á því að ákvörðun FME, 14. október 2008, feli í sér vanefnd skv. gr. 3.3 og gr. 9.3 í skilmálum SFF, sem lýsi ekki tæmandi þeim tilvikum sem geti leitt til verri gjaldfærni viðkomanda aðila. Jafnframt byggi stefndi á því að vanefnd skv. gr. 3.4

og gr. 9.4 hafi verið fyrir hendi í síðasta lagi frá því tímamarki, þegar FME hafi sett skilanevnd yfir stefnanda, 7. október 2008, enda hefði stjórn bankans þá sjálf lýst því yfir að bankinn gæti ekki staðið varanlega við sínar skuldbindingar. Hefði stjórninni því verið skylt á því tímamarki, ef ekki hefði komið til setningar neyðarlaganna, að gefa félagið upp til gjaldþrotaskipta skv. 105. gr. hlutafélagalaga nr. 2/1995, sbr. 64. gr. laga um gjaldþrotaskipti nr. 21/1991. Vegna ógjaldfærni stefnanda á þessu tímamarki, sem hafi í sjálfu sér verið vanefnd á skuldbindingum hans, hafi allir skiptasamningar milli stefnda og stefnanda gjaldfallið, 7. október 2008, og hafi stefndi ekki þurft að senda stefnanda sjálfstæða riftunaryfirlýsingu til þess að geta byggt rétt sinn á gr. 3.4 og gr. 9.4 í skilmálum SFF. Af framangreindu megi vera ljóst að því vanefndartilviki, sem lýst sé í gr. 3.4, gr. 3.3, gr. 9.4 og gr. 9.3, hafi átt við um stefnanda, þegar FME hafi tekið yfir stjórn bankans. Framangreind túlkun á ákvörðun FME eigi sér stoð í Rannsóknarskýrslu Alþingis, ákvörðun FME, neyðarlögunum og dómafrankvæmd eftir hrun. Í 4. gr. skilmála SFF um framvirk gjaldmiðlaviðskipti og 10. gr. skilmála SFF um skiptasamninga, sem séu efnislega samhljóða, sé kveðið sérstaklega á um það hvernig staðið skuli að uppgjöri þegar samningurinn falli niður eða sé rift á grundvelli gr. 3 og gr. 9 í skilmálum SFF. Í gr.10.1 segi:

Falli skiptasamningur úr gildi skv. 9. gr. þessara skilmála skal sá samningsaðili sem vanefnir samninginn bæta þeim samningsaðila sem segir upp eða riftir samningnum allt það tjón sem hann verður fyrir vegna þess, þ.á.m. tap samkvæmt grein 10.2. Falli skiptasamningur úr gildi samkvæmt samkomulagi aðila skal reikna út hagnað eða tap aðila vegna markaðsaðstæðna skv. gr. 10.2 og kostnað sem samningsaðilar verða fyrir og skal mismunurinn gerður upp milli þeirra.

Í gr. 10.1 felist að þegar annar aðilinn vanefni samninginn, og útistandandi samningar gjaldfalli skv. gr. 9.4 eða sé rift á grundvelli gr. 9.1 - 9.3, skuli einungis þeim aðila, sem vanefni samninginn, vera skylt að greiða gagnaðila skaðabætur sem stafi af vanefndinni. Þetta eigi við jafnvel þó að gagnaðili þess sem vanefni samninginn hafi verið í skuld við þann sem vanefni á grundvelli mats á hagnaði/tapi samkvæmt gr. 10.2. Af þessu leiði að stefnandi, sem hafi vanefnt og verið í vanefnd skv. samningnum, skuli bæta stefnda allt það tjón sem leitt hafi af vanefndinni og þar með talið það tjón sem ákvarðist á grundvelli gr. 10.2. Engin vanefnd hafi orðið af hálfu stefnda á samningunum og innheimtubréf skilanevndar stefnanda níu mánuðum eftir að stefnandi hafi farið í þrot breyti engu um það. Þvert á móti leiði skilmálarnir til þess að stefndi sé laus undan öllum skuldbindingum við stefnanda samkvæmt þeim afleiðu- og skiptasamningum sem verið hafi útistandandi eftir 7. október 2008. Stefndi byggji á því að sú uppgjörsaðferð sem að framan sé lýst í skilmálum SFF svari til þeirrar uppgjörsaðferðar sem ISDA skilmálarnir frá 1987 byggji á (6. gr.(e)(i)). Jafnframt eigi ákvæðið efnislega fyrirmynd í 6. gr. ISDA skilmálanna frá 1992, þ.e. í „first method and marked quotation“, sem sé uppgjörsaðferð sem samningsaðilar geti samið um að gildi um uppgjör samnings, þegar samningssambandinu ljúki vegna einhverra þeirra vanefnda sem lýst sé í 5. gr. skilmála ISDA. Samkvæmt þeirri reglu skuli gagnaðili þess aðila sem vanefni samninga fá bætt allt það tjón sem hann verði fyrir vegna vanefnda á samningnum. Ef samningurinn sé í jákvæðri stöðu, þegar hann sé gerður upp fyrir gagnaðila þess sem vanefni, skuli sá er vanefni bæta allt það tjón sem tapist. Sé samningurinn hins vegar í neikvæðri stöðu fyrir gagnaðila þess sem vanefni samninginn þá geti sá hinn sami gengið frá samningnum án þess að til komi nokkur greiðsla af hans hálfu. Framangreind uppgjörsaðferð eigi við í því

tilviki sem hér um ræði, þegar annar aðilinn vanefni samninginn. Stefndi bendi einnig á að stefnandi styðjist við skilmála ISDA frá 1992 í flest öllum sínum afleiðusamningum. Þessu til stuðnings skuli ennfremur áréttað að í skilmálum SFF, sem að mati stefnda beri að leggja til grundvallar í þessum lögskiptum, sé gert ráð fyrir þessari uppgjörsaðferð. Ástæðan fyrir því sé eflaust sú að skilmálarnir hafi verið gerðir árið 1998 og hafði þessi uppgjörsaðferð verið ríkjandi fyrir þann tíma skv. ISDA 1992 forminu og ISDA 1987 forminu. Auk þessa sé líklegt að sú staðreynd að bankar, sem oftast séu sterki aðilinn í samningssambandinu og komi að gerð skilmálanna, hafi lagt þessa uppgjörsaðferð til gagnert til þess að vera lausir ef gagnaðilar þeirra vanefndu eða færu í þrot þegar gagnaðilarnir hafi verið í jákvæðri stöðu. Samtök fjármálafyrirtækja (SFF) hafi þannig gagnert haft skilmálana stranga í garð þeirra samningsaðila, sem komist í greiðsluþrot, til að vernda hagsmunir bankanna. En sök bóti sekan og bankarnir verði jafnframt að sæta því að þessir skilmálar eigi við um þeirra þrot. Að lokum beri að hafa í huga að skilmálar stefnanda og skilmálar SFF séu einhliða samdir af stefnanda og þeim samtökum sem hann hafi tilheyrt. Ef óvissa sé um inntak skilmálanna þá beri að túlka þá stefnanda í óhag. Stefndi byggji sýknukröfu sína í þriðja lagi á því að ósanngjarnt sé og andstætt góðri viðskiptavenju að stefnandi innheimti kröfur sínar á hendur stefnda á grundvelli gjaldmiðlaskiptasamninganna, enda séu forsendur samninganna brostnar. Málsástæða þessi sé byggð á ákvæði 36. gr. laga um samningsgerð, umboð og ólögsmæta löggerninga nr. 7/1936 þar sem segi að samningi megi víkja til hliðar í heild eða að hluta, eða breyta, ef það yrði talið ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju að bera hann fyrir sig. Samkvæmt lagagreininni megi víkja samningum til hliðar í heild eða hluta, eða breyta, ef það sé talið ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju að bera hann fyrir sig. Við matið skuli m.a. líta til atvika sem síðar komi til. Með vísan í framanritað og algeran markaðsbrest og vangetu stefnanda til að efna samningana sé á því byggt að samningar séu skv. efni sínu ósanngjarnir vegna atvika sem síðar hafi komið til og beri því að ógilda þá eða víkja til hliðar að öllu leyti með vísan í 36. gr. laga nr. 7/1936. Í íslenskum rétti hafi verið talið heimilt að víkja frá eða breyta samningi vegna síðar tilkominna atvika, ef viðkomandi atvik séu þess eðlis að ekki hafi með sanngirni verið hægt að sjá þau fyrir við samningsgerð. Stefndi hafði verið í viðskiptasambandi við stefnanda um árabíl og meðal þeirra viðskipta sem hann hafi átt við stefnanda hafi verið að verja félagið gegn gjaldeyrisáhættu og tryggja sjóðstreymi félagsins. Grundvallarforsendan í þeim viðskiptum hafi verið að gagnkvæmt traust ríkti milli aðila og þeir gætu staðið við skuldbindingar sínar. Sumir þeirra samninga sem um sé deilt í máli þessu eigi sér stoð í eldri samningum sem framlengdir hafi verið með nýjum, eftir því sem nauðsynlegt hafi verið. Hafi stefnandi og stefndi gert ráð fyrir að þessi háttur yrði áfram viðhafður þar til meira jafnvægi kæmist á stöðu krónunnar en almennt hafi á þessum tíma verið gert ráð fyrir því að hún styrktist fyrr eða síðar. Þegar samningarnir hafi verið gerðir hafi stefndi með engu móti getað séð fyrir að stjórn og starfsmenn stefnanda væru um það bil að stýra stefnanda í þrot og myndu óska eftir að FME tæki yfir reksturinn vegna þess að stefnandi væri í raun ógjaldfær og gæti ekki lengur staðið við skuldbindingar sínar. Í hruninu hafi stefndi óskað sérstaklega eftir því að hinn gjaldfæri Nýi Glitnir banki hf. tæki við skuldbindingum stefnanda og hafi stefndi staðið í þeirri trú að sú yrði raunin. Sú ákvörðun FME, 14. október 2008, að afleiðusamningar skyldu ekki, ólíkt öllum öðrum skuldbindingum bankans gagnvart íslenskum fyrirtækjum, flytjast úr hinum gjaldþrota bönkum yfir í nýju bankana, hafi haft í för með sér einhverja þá verstu stöðu sem upp hafi getað komið, stöðu sem stefndi hafi ekki getað séð fyrir. Lokað hafi verið fyrir gerð

afleiðusamninga og framlengingu þeirra sem verið hafi til staðar. Stefnandi hafi lokað samningunum og gert kröfu til greiðslu þeirra samninga, sem verið hafi í neikvæðri stöðu. Hefðu samningarnir aftur á móti verið í jákvæðri stöðu fyrir viðskiptavinum stefnanda hefðu þeir ekki fengið inneign sína greidda heldur eignast almenna kröfu við uppgjör stefnanda sem enginn viti hvort eða hvenær eitthvað fái upp í. Ef framangreind leið hefði ekki verið farin þá hefðu varnarsamningar stefnda við stefnanda haft einhverja þýðingu og hefði stefndi þá í samvinnu við Nýja Glitni banka hf., getað unnið sig út úr erfiðari stöðu á sama hátt og stefndi hafi gert árið 2002, þegar gengið hafi verið gefið frjálst. Frá því að FME hafi tekið Glitni banka hf. yfir, 7. október 2008, og með ákvörðun FME 14. október sama ár, hafi eðli samninganna breyst úr því að vera tvíhliða samningar í einhliða. Leiði þetta af þeirri staðreynd að með samþykkt neyðarlaganna og ákvörðunum FME, 7. október og 14. október 2008, hefði stefnandi orðið með öllu ófær um að efna aðalskyldu samninganna. Með athöfnum sínum hafi stefnandi raskað því jafnræði og þeim stöðugleika sem gilt hafi í viðskiptum stefnanda og stefnda. Stefndi hafi með engu móti getað varið sjóðstreymi félagsins og komið í veg fyrir þær aðstæður sem hann hafi staðið frammi fyrir og eingöngu verði raktar til stefnanda. Krafa stefnanda, sem sett sé fram í stefnu, sé andstæð góðri viðskiptavenju enda fái ekki staðist að stefnandi hagnist á því að hafa tekið stöðu gegn stefnda og rekið sjálfan sig í þrot. Reglan um brostnar forsendur leiði til þess að samningur sem annars væri gildur sé talinn óskuldbindandi að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Stefndi byggir m.a. á því að við yfirtöku FME á stjórn bankans, 7. október 2008, og eftir ákvörðun FME, 14. október 2008, hafi félagið í raun ekki haft neinn hag af samningunum. Um verulegan forsendubrest sé að ræða. Stefnanda hafi mátt vera ljóst að stefndi hefði aldrei stofnað til viðskiptanna, ef hann hefði séð eða mátt sjá fyrir að stefnandi krefðist þess að hann yrði óbundinn af samningunum, sem óhagstæðir væru stefnanda, en myndi reyna að halda uppi þeim samningum, sem teldust honum í hag. Það hafi verið verulega forsenda viðskiptanna að stefndi fengi það endurgjald, sem um hafi verið rætt, kæmi til þess að skilyrði greiðsluskyldu stefnanda kæmu fram. Eftir 7. og 14. október 2008 hafi verulegur forsendubrestur átt sér stað sem leiði til ógildingar þeirra samninga sem óuppgerðir hafi verið eftir það tímamark. 36. gr. laga um samningsgerð, umboð og ólögmetta löggæringa nr. 7/1936 sé einmitt ætlað að taka á ófyrirsjáanlegum atvikum eins og stefndi hafi mátt standa frammi fyrir og lýst sé hér að framan. Öll sanngirnirök styðji þá kröfu stefnda að samningum aðila verði vikið til hliðar, að öllu leyti, vegna atvika sem ekki hafi verið fyrirsjáanleg við gerð samninganna og með öllu óviðeigandi af hálfu þess sem skapað hafi þær aðstæður sem upp hafi komið í samskiptum aðila að bera samningana fyrir sig. Þá byggir stefndi sýknukröfu sínu um að víkja beri samningunum til hliðar á þeirri staðreynd að stefnandi hafi vísitandi tekið ákvarðanir sem verið hafi stefnda óhagstæðar og unnið í raun gegn hagsmunum stefnda. Með gjaldmiðlasamningum hafi stefndi í samráði við stefnanda tekið ákvarðanir um gjaldmiðlavarnir sem byggst hafi á íslensku krónunni sem undirliggjandi gjaldmiðli. Í Rannsóknarskýrslu Alþingis, kafla 13, komi fram að á sama tíma hafi stefnandi tekið stöðu fyrir eigin reikning gegn íslensku krónunni. Þær ákvarðanir hafi verið ósamrýmanlegar þeirri þjónustu sem stefnanda hafi borið að inna af hendi fyrir stefnda. Með þessari háttsemi sinni hafi stefnandi fyrirgert rétti sínum til samninganna enda ósannjarnt og andstætt góðri viðskiptavenju að bera þá fyrir sig. Auk þess feli slík hegðun í sér skýrt brot á ákvæðum 8. gr. laga nr. 108/2007, varðandi hagsmunaárekstra, sem ætlað sé að tryggja fjárfestavernd og girða fyrir að fjármálastofnun taki ákvarðanir eða eigi í viðskiptum við þriðja aðila, sem brjóti gagnert gegn hagsmunum viðskiptamanns bankans. Stefnandi hafi

aldrei gert stefnda grein fyrir því að hann væri í öðrum viðskiptum að taka ákvarðanir sem beinlínis sköðuðu hagsmuni stefnda og hefði stefndi vafalaust aldrei gert þá samninga sem um sé deilt í máli þessu, hefðu þær upplýsingar legið fyrir við gerð samninganna. Auk þess gefi það auga leið að stefndi hefði aldrei gert samninga, sem ætlað hafi verið að tryggja sjóðstreymi félagsins, við gjaldþrota viðsemjanda. Stefndi byggir sýknukröfu sína ennfremur á þeirri málsástæðu að skuldajafna beri kröfum stefnda á hendur stefnanda að fjárhæð 242.575.704 krónur ásamt vöxtum og dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 229.420.704 krónum frá 7. október 2008 til 21. október 2008 og af 243.275.704 krónum frá 7. október 2008 til 21. október 2008 á móti dómkröfum stefnanda. Verði dómkröfur stefnanda lækkaðar breytist skuldajöfnunarkrafa stefnda til samræmis þannig að aðilar verði eins settir og að hinir ólögmætu samningar, sem stefnukrafan byggist á, hafi aldrei verið gerðir. Stefndi byggir kröfu sína um skuldajöfnuð á sakarreglunni, þar sem stefnandi hafi brotið gegn ákvæðum laga um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007, reglugerð nr. 995/2007 um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármála fyrirtækja og þeim tilskipunum Evrópusambandsins sem löggin séu byggð á, MiFID - tilskipuninni og innleiðingartilskipuninni. Með ólögmætri og saknæmri háttsemi sinni hafi stefnandi bakað stefnda fjártjón sem sé bótaskyld og beint orsakasamband sé milli saknæmrar hegðunar stefnanda og tjónsins sem háttsemin hafi valdið stefnda. Lögum nr. 108/2007 og reglugerð nr. 995/2007, settri á grundvelli þeirra um fjárfestavernd, og tilskipanir Evrópusambandsins, sem lögnum og reglugerðinni sé ætlað að innleiða, skilgreini fjárfesta annars vegar sem almenna fjárfesta og hins vegar sem fagfjárfesta. Töluverður munur sé á því hvaða fjármálagerningar séu við hæfi almenns fjárfestis annars vegar og fagfjárfestis hins vegar. Almennir fjárfestar njóti þannig meiri verndar samkvæmt lögnum. Eins og rakið hafi verið hafi stefnandi látið meta hæfi stefnda sem fjárfestis með sérstöku prófi og hafi niðurstaðan verið sú að stefndi hafi verið flokkaður sem almennur fjárfestir. Samt sem áður hafi stefnandi látið stefnda stunda afleiðuvíðskipti sem aðeins séu á færi fagfjárfesta. Þetta hafi stefnandi gert meðvitaður um að stefndi hefði ekki hæfi til að stunda slík víðskipti og væri það óheimilt lögum samkvæmt. Hefði stefnandi einskorðað víðskipti stefnda við víðskipti sem ekki hafi verið við hans hæfi í samræmi við mat það sem stefnandi hafi látið framkvæma. Hefði stefnandi fylgt lagafyrirmælum hefði stefndi aldrei gert þá afleiðusamninga sem mál þetta fjalli um. Auk þess hafi stefnandi ekki komið í veg fyrir hagsmunaárekstra milli sín og stefnda annars vegar og annarra víðskiptavina stefnanda og stefnda hins vegar. Þetta hafi stefnandi ekki gert. Þvert á móti hafi hann vísitandi tekið ákvarðanir sem verið hafi andstæðar hagsmunum stefnda. Slíkt sé skýrt lagabrot. Eins og rakið hafi verið hafi stefnandi á margan hátt brotið á skyldum sínum gagnvart stefnda. Hefði stefnandi einskorðað víðskipti stefnda við víðskipti, sem verið hefðu við hans hæfi, í samræmi við mat það sem stefnandi hafi látið framkvæma og hefði stefnandi fylgt lagafyrirmælum hefði stefndi aldrei gert þá afleiðusamninga sem mál þetta fjalli um. Þar af leiðandi sé ljóst að orsakasamband sé á milli háttsemi stefnanda og þess tjóns sem stefndi kunni að verða fyrir. Þá sé tjónið sennileg afleiðing af háttsemi stefnanda.

Þessi saknæma og ólögmæta háttsemi stefnanda valdi stefnda tjóni, ef dómurinn samþykki aðalkröfu stefnanda. Stefndi krefjist þess að skuldajafnaðarkrafa hans, sem byggir á skaðabótum vegna þess taps sem orðið hafi á afleiðuvíðskiptunum, auk vaxta og dráttarvaxta, verði skuldajafnað á móti aðalkröfu stefnanda, að svo miklu leyti sem dómkröfur stefnanda verði teknar til greina. Nánar tiltekið sé skuldajafnaðarkrafa stefnda nákvæmlega sú sama og stefnukrafa stefnanda, enda

byggist stefnukrafan á neikvæðri stöðu afleiðusamninganna, sem sé það tjón sem stefndi verði fyrir ef dómurinn samþykki aðalkröfu stefnanda. Krafan um skuldajöfnuð sé sett fram á grundvelli heimildar í 1. mgr. 28. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Lagaskilyrðum skuldajafnaðar sé fullnægt enda eigi kröfur stefnda rætur að rekja til sömu löggerninga og dómkröfur stefnanda. Með því að skuldajafna kröfum stefnda á móti kröfum stefnanda verði aðilar máls þessa eins settir og hinir ólögsmætu samningar hefðu aldrei verið gerðir.

Stefndi krefjist þess til vara að dómkröfur stefnanda verði lækkaðar. Verulegur vafi leiki á því hvernig uppgjöri á afleiðusamningum skuli háttáð undir þeim kringumstæðum sem um ræði í máli þessu. Í innheimtuviðvörðun frá stefnanda, 27. júlí 2010, sé krafa stefnanda útlistuð á eftirfarandi máta: „Notast er við miðgengi Seðlabanka Íslands á umsömdum uppgjörsdögum.“ Í skilmálum stefnanda sé ekki tekið á því hvernig skuli gera upp samninga, þegar bankinn vanefni þá og slíkt verði grundvöllur samningsslita. Um þetta atriði sé fjallað í skilmálum SFF um uppgjör skiptasamninga. Stefndi haldi því fram að sú uppgjörsaðferð sem þar sé tilgreind feli í sér svonefnda „first method and marked quotation“, sbr. skilmála ISDA frá 1987 og 1992 og falli þá greiðsluskylda stefnda niður við vanefnd samningsins. Verði ekki á það fallist heldur þess í stað að uppgjörsaðferðin feli í sér „second method and marked quotation“ þá skuli bankinn í því tilviki reikna út þann hagnað og tap sem myndist af hverjum samningi fyrir sig hjá samningsaðilum, sbr. gr. 5.2 og gr. 10.2 í skilmálum SFF. Útreikningurinn skuli grundvallast á markaðsaðstæðum á síðasta gildisdegi samningsins og reiknast sem núvirði mismunarins, milli annars vegar þeirra greiðslna sem samningsaðili hefði átt að inna af hendi og hefði átt að fá, ef samningurinn hefði haldið gildi sínu, og hins vegar þeirra greiðslna sem samningsaðilinn hefði átt að greiða banka fyrir að ganga inn í samninginn í stað hins samningsaðilans. Við útreiking á hagnaði og tapi skuli bankinn leita upplýsinga frá innlendum og erlendum bönkum eftir því sem við eigi. Bankinn skuli senda viðskiptamanni útreikning innan fjórtán daga frá því að samningurinn falli úr gildi og gefa honum kost á að koma með athugasemdir við útreikninginn. Viðskiptamaðurinn skuli koma athugasemdum sínum á framfæri innan sjö daga. Bankinn skuli hafa þær til hliðsjónar í endanlegum útreikningi, sbr. skilmála SFF um framvirk gjaldmiðlaviðskipti, gr. 5.2, og skilmála SFF um skiptasamninga, gr. 10.2. Af framangreindu leiði að sé það hlutverk bankans að reikna út uppgjörsgengi samningsins og skuli uppgjörsgengið miðað við síðasta gildisdag samningsins. Við matið á genginu þennan dag skuli bankinn afla sér upplýsinga frá innlendum og erlendum bönkum eftir því sem við eigi. Á þeim tíma sem hin umþrættu lögskipti hafi átt sér stað hafi íslensku bankarnir verið viðskiptavakar á markaði og hafi þegar um miðjan mars 2008 hætt að gefa út gengi gjaldmiðla. Stefndi haldi því fram að sökum þess hve grunnur markaðurinn hafi af þessum sökum verið, hafi í raun ekki verið hægt að gefa út marktækt gengi þann 7. október 2008. Í kjölfar þess að gjaldeyrishöftin hafi tekið gildi í byrjun nóvember hafi verið girt fyrir að aðilar ættu í afleiðuviðskiptum með íslenska krónu. Af þeim sökum hafi bankinn ekki getað reiknað út hvað samningsaðili hefði átt að greiða eða fá greitt frá þriðja aðila fyrir að ganga inn í viðskiptin þar sem þriðju aðilar hafi ekki getað gengið inn í samninginn vegna gjaldeyrishaftanna. Þessi ómöguleiki gerir það að verkum að samningurinn hafi í raun verið einskis virði þar sem enginn aðili hafi lögum samkvæmt getað gengið inní samninginn. Af þeim sökum hafi bankinn ekki, á sínum tíma, getað framkvæmt útreikning sem átt hafi að fara fram 14 dögum eftir að samningurinn hafi fallið úr gildi. Ef litið sé til framangreindra skilmála þá sjáist að reiknað uppgjörsgengi hefði átt að fara fram á síðasta

gildisdegi samningsins, sbr. gr. 4.2 og gr. 10.2. Af þessum sökum séu rök fyrir því að miða beri við viðmiðunargengi samningsins 7. október 2008 í stað uppgjörsdaganna samkvæmt hverjum og einum samningi en 7. október hafi verið sá dagur sem FME hafi yfirtekið stefnanda. Vakin sé athygli á því að stefnandi hafi ekki sinnt þeirri skyldu sinni að reikna út tap eða hagnað skv. gr. 4.2 og gr. 10.2. Ástæðu þess megi líklega rekja til þess að skilmálarnir beri með sér að slíkt uppgjör eigi ekki að fara fram, þegar stefnandi sé í vanefnd samkvæmt samningnum. Hin ástæðan gæti verið að stefnandi hafi ekki getað annast útreikninginn þar sem nánast engin viðskipti hafi átt sér stað á tímabilinu og því ógerlegt að reikna út hagnað og tap samkvæmt skilmálum samningsins. Í viðræðum stefnanda og stefnda hafi komið fram að stefnandi hafi reiknað út stöðu saminganna miðað við 7. október 2008 og niðurstaðan verið sú að staða samninganna væri þá neikvæð um 144 m.kr. en sú upphæð taki ekki með í reikninginn ytra umhverfi, svo sem bann við gerð slíkra samninga og það hversu grunnur markaðurinn hafi verið. Stefndi byggji á því að við þessi skilyrði beri að taka umrædda þætti með í reikinginn til lækkunar. Samræmist slíkt túlkun erlendum dómafordæmum, þar sem reynt hafi á útreikning á stöðu ISDA samninga. Skorað sé á stefnanda að leggja þessa útreikninga fram. Stefndi krefjist þess að kröfu stefnanda um að dráttarvextir reiknist frá 16. október og 21. október 2008 verði hafnað og að dráttarvextir verði reiknaðir á grundvelli 7. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001. Stefndi telji að hann hafi í greinargerð sinni sýnt fram á að skilyrði nefndrar lagagreinar séu uppfyllt en þar sé kveðið á um að ef atvik sem varði kröfuhafa og skuldara verði ekki um kennt valda því að greiðsla fari ekki fram skuli ekki reikna dráttarvexti þann tíma sem greiðsludráttur verði af þessum sökum. Sama eigi við ef greiðsla fari ekki fram vegna þess að skuldari neiti vanefndaúrræða gagnvart kröfuhafa eða haldi af öðrum lögmætum ástæðum eftir greiðslu eða hluta hennar. Horfa verði til þess að stefnandi hafi skapað þær aðstæður sem upp hafi komið í viðskiptum stefnanda og stefnda og stefndi hafi með engum hætti komið í veg fyrir. Samkvæmt skilmálum SFF, sem gildi um viðskiptin, hafi stefnandi átt, ef einhver krafa hafi verið fyrir hendi, sem ekki hafi mátt rekja til vanefnda stefnanda, að reikna út uppgjörsgengi samninganna frá þeim degi sem þeim hafi verið lokað. Stefndi hafi haft til þess 14 daga skv. gr. 4.2 og 10.2. gr. í skilmálum SFF. Athafnir stefnanda hafi verið tilviljanakenndar frá október 2008 og hafi afstaða stefnda formlega verið kynnt stefnanda 15. apríl 2009. Þeirri afstöðu hafi fyrst verið efnislega svarað 27. júlí 2010. Stefndi hafi sýnt af sér mikið reiðuleysi og sem fagaðili í viðskiptunum eigi hann ekki að njóta þess að meintar kröfur beri dráttarvexti frá bankahrúni. Stefndi haldi því aðallega fram, að nái dómkröfur stefnanda fram að ganga að öllu leyti eða hluta, eigi að reikna dráttarvexti samkvæmt lögum 38/2001 einum mánuði eftir dómsuppkvaðningu en til vara mánuði eftir að stefndi hafi sent stefnda rökstutt innheimtubríf sem dagsett hafi verið 27. júlí 2010. Um lagarök vegna sýknukröfu vísi stefndi aðallega til ákvæða laga um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007, ákvæða laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki, ákvæða laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa og meginreglna samninga- og kröfuréttar. Ennfremur sé vísað til reglugerðar nr. 995/2007 um um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármálafyrirtækja og til tilskipana Evrópusambandsins 2004/39/EB og 2006/73/EB. Málsástæða um skuldajöfnuð sé sett fram á grundvelli 1. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála og byggji á sakarreglunni og þeim réttarheimildum sem áður sé vísað til. Krafa stefnda um málskostnað byggji á 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991.

Forsendur og niðurstaða

Í máli þessu greinir aðila á um uppgjör vegna 14 afleiðusamninga þ.e. 13 samninga um gjaldmiðla- og framvirk gjaldmiðlaviðskipti og eins samnings um framvirk gjaldmiðlaviðskipti. Verður eftirleiðis vísað til samninganna allra sem afleiðusamninga.

Stefnandi byggir kröfur sínar í máli þessu á því að stefndi hafi ekki greitt skuld við sig samkvæmt afleiðusamningum 14 og því hafi borið nauðsyn til innheimtu skuldarinnar. Samningarnir hafi komist á og verið framkvæmdir í samræmi við íslensk lög, samningsskilmála og venjubundna markaðsframkvæmd og njóti kröfur stefnanda því lögverndar. Tilgangur stefnda með samningunum hafi verið að takmarka gengisáhættu í rekstri sínum og afleiðusamningunum ætlað að hafa þá virkni, að þegar gengishagnaður eða gengistap myndaðist í rekstri stefnda, vegna tekna í gjaldmiðli A og kostnaðar í gjaldmiðli B, myndaðist samsvarandi gengishagnaður eða gengistap vegna afleiðusamninga. Gengishagnaður og gengistap hafi verið fært í rekstrarreikningi stefnda og jafnast þar út en í þessu hafi falist að stefndi hafi tekið áhættu í rekstri sínum til að útiloka aðra fyrirséða áhættu. Enginn tölulegur ágreiningur sé um útreikning stefnanda á skuld stefnda samkvæmt afleiðusamningunum, en hún hafi myndast með skuldajöfnuði á grundvelli 4. gr. Almennra skilmála stefnanda fyrir markaðsviðskipti og á grundvelli almennra reglna kröfuréttar um skuldajöfnun samþættra krafna. Umreikningur á skuld stefnda yfir í íslenskar krónur hafi verið gerður með heimild í 7. gr. Almennra skilmála stefnanda fyrir markaðsviðskipti.

Stefndi krefst aðallega sýknu af öllum kröfum stefnanda. Sýknukrafan er á því reist að þeir 14 afleiðusamningar, sem málatalbúnaður stefnanda sé reistur á, séu ógildir. Stefnandi byggir sýknukröfu sína í fyrsta lagi á því að samningar þeir sem stefnandi vísi til í stefnu séu ógildir vegna brota stefnanda á ákvæðum laga um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007 og reglugerðar nr. 995/2007 um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármálafyrirtækja og brota á þeim tilskipunum Evrópusambandsins sem löggin séu byggð á þ.e. tilskipun 2004/39/EB þ.e. svonefndri MiFID - tilskipun (e. Markets in Financial Instruments Directive) og tilskipun 2006/73/EB þ.e. svonefndri innleiðingartilskipun. Byggi sýknukrafa stefnda að þessu leyti annars vegar á því að stefndi hafi sem almennur fjárfestir ekki haft hæfi til að gera þá samninga sem hér um ræði og hins vegar á því að stefnandi hafi brotið með grófum og alvarlegum hætti á skyldum sínum um fjárfestavernd samkvæmt ákvæðum laga nr. 108/2007. Með setningu laga nr. 108/2007 og reglugerðar nr. 995/227 hafi verið stefnt að innleiðingu ákvæða MiFID-tilskipunarinnar og innleiðingartilskipunarinnar. Í 4. gr. MiFID - tilskipunarinnar, tl. 10-12, sé viðskiptavinur (e. client) skilgreindur sem einstaklingur eða lögaðili sem fjármálafyrirtæki fjárfesti fyrir og/eða annist sambærilega þjónustu fyrir. Viðskiptavinur geti samkvæmt greininni verið annað hvort fagfjárfestir (e. professional client) eða almennur fjárfestir (e. retail client). Í 38. gr. innleiðingartilskipunarinnar sé fjallað um veitingu þjónustu með einfalda fjármálagerninga. Þar segi að fjármálagerningar sem ekki sé fjallað um í gr. 19 í MiFID - tilskipuninni teljist einfaldir enda fullnægi þeir eftirfarandi skilgreiningu: a) þeir falli ekki undir grein 4(1)(18)(c) eða liði (4) til (10) í kafla C í viðauka 1 við

MiFID - tilskipunina. Afleiður sé taldar upp í 4. – 7. tl. kafla C í viðauka 1 og teljist því samkvæmt MiFID-tilskipuninni ekki til einfaldra fjármálagerninga. Sé þetta í samræmi við viðteknar skoðanir fræðimanna hér á landi um að afleiður geti ekki talist til einfaldra fjármálagerninga. Samkvæmt 1. mgr. 16. gr. laga nr. 108/2007 sé fjármálafyrirtæki, sem veiti aðra þjónustu en um geti í 1. mgr. 15. gr. laganna, skylt að afla sér upplýsinga um þekkingu og reynslu viðskiptavinar eða hugsanlegs viðskiptavinar á sviði verðbréfavíðskipta til þess að geta metið hvort tiltekin þjónusta eða vara sé viðeigandi fyrir viðskiptavininn. Frávik frá þessari meginreglu sé að finna í 4. mgr. 16. gr. laga nr. 108/2007 en samkvæmt því ákvæði sé fjármálafyrirtæki ekki skylt að afla sér upplýsinga um þekkingu og reynslu viðskiptavina og meta hvort viðkomandi vara eða þjónusta sé viðeigandi fyrir þá, þegar þjónustan felist eingöngu í að framkvæma, taka við eða miðla fyrir mælum um einfalda fjármálagerninga eins og þeir séu skilgreindir í ákvæðinu. Í ákvæðinu séu taldar upp ákveðnar tegundir fjármálagerninga, sem skuli teljast einfaldir gerningar, þ.e. i) hlutabréf sem skráð hafi verið á skipulegan fjármálamarkað, ii) peningamarkaðskjöl, iii) skuldabréf og annars konar skuld samkvæmt verðbréfi, sem hafi í sér innbyggða afleiðu, iv) hlutdeildarskírteini og v) aðrir einfaldir fjármálagerningar. Í 38. gr. reglugerðar nr. 995/2007 sé nánar skilgreint hvaða aðrir fjármálagerningar geti talist vera einfaldir. Samkvæmt reglugerðinni falli afleiðusamningar, sem taldir séu upp í d-lið 2. tl. 1. mgr. 2. gr. laga 108/2007, í flokk einfaldari fjármálagerninga og sé það í fullkomnu ósamræmi við 52. gr. innleiðingartilskipunarinnar, sem felli alla afleiðusamninga undir flokk flóknari fjármálagerninga. Ef aðeins sé horft á ákvæði reglugerðarinnar mætti því draga þá ályktun að viðskiptavinir íslenskra banka nytu ekki þeirrar réttarverndar sem aðrir fjárfestar njóti, sem eigi víðskipti með verðbréf annars staðar innan EES - svæðisins. Þrátt fyrir þessa annmarka í innleiðingarferlinu þá byggji stefndi á því að íslensk lög og reglugerðir beri að skýra í samræmi við tilgang þeirra og túlka með hliðsjón af þeim reglum, sem þeim sé ætlað að endurspeglu. Í ljósi þeirrar staðreyndar, þess að með setningu laga nr. 108/2007 hafi ætlunin verið að innleiða MiFID-tilskipunina og þess að reglugerð nr. 995/2007 hafi verið ætlað að endurspeglu innleiðingartilskipunina, beri að túlka lög nr. 108/2007 og reglugerð nr. 995/2007 til samræmis við framangreindar tilskipanir. Framangreind skýringarsjónarmið eigi sér lagastoð í 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, sem mæli fyrir um að skýra beri lög og reglur, að svo miklu leyti sem við eigi, til samræmis við EES - samninginn og þær reglur sem á honum byggji. Stefndi byggji á því að lögfesting ákvæða MiFID-tilskipunarinnar hafi falið í sér að ítarlegar form- og efnisreglur, sem fjármálafyrirtækjum hafi borið að gæta að í starfsemi sinni, hafi verið innleiddar í íslenskan rétt. Með innleiðingu áður nefndra tilskipana hafi ætlunin ekki verið að draga úr þeirri vernd sem fjárfestum sé ætlað að njóta samkvæmt MiFID-tilskipuninni og innleiðingartilskipun hennar. Því beri að fara eftir íslensku lögum og reglugerðinni, að því marki sem þessar réttarheimildir séu samrýmanlegar tilskipunum Evrópusambandsins, en greini á milli þessara réttarheimilda, gangi tilskipanirnar framar íslensku ákvæðunum. Þar sem stefndi hafi ekki verið flokkaður sem fagfjárfestir, né hafi hann uppfyllt skilyrði til þess að vera flokkaður sem fagfjárfestir, hafi stefnanda verið óheimilt að gera við hann samninga þá sem um ræði og beri því að ógilda þá. Stefndi hafi þvert á móti, eins og fyrir liggja í málinu, verið flokkaður af stefnanda sem almennur fjárfestir. Því skuli haldið til haga að hegðunarreglur fjármálafyrirtækja skiptist í tvo flokka, annars vegar almennar hegðunarreglur, sbr. 5. gr. laga nr. 108/2007, en samkvæmt því ákvæði beri fjármálafyrirtæki að starfa í samræmi við eðlilega og heilbrigða víðskiptahætti og venjur í verðbréfavíðskiptum, með trúverðugleika

fjármálamarkaðarins og hagsmuni viðskiptavina að leiðarljósi. Hins vegar séu sérstakar hegðunarreglur, sem fjármálafyrirtækjum beri að gæta að, þ.á.m. flokkun viðskiptavina og svonefnt tilhlýðileikamat, sbr. 16. gr. laga nr. 108/2007. Stefndi haldi því fram að stefnandi hafi gerst brotlegur hvort tveggja við hinar almennu og hinar sérstöku hegðunarreglur, sem innleiddar hafi verið með lögum nr. 108/2007, 1. nóvember 2007. Stefndi byggir á því að einn megintilgangur laga nr. 108/2007 sé að flokka viðskiptavini fjármálafyrirtækja í almenna fjárfesta og fagfjárfesta og að veita almennum fjárfestum meiri vernd en fagfjárfestum. Að fjármálafyrirtæki láti almennan fjárfesta stunda viðskipti, sem ekki séu á þeirra færi, heldur eingöngu fagfjárfesta, sé skýrt og alvarlegt lagabrot. Brot á lögnum hafi í för með sér afleiðingar fyrir þann sem veita eigi verndina, þ.e. fjármálafyrirtækið. Fjárfestaverndin sem MIFID-tilskipuninni sé ætlað að tryggja væri gagnslaus ef stefnandi, hið brotlega fjármálafyrirtæki, gæti byggt rétt á slíkum samningum. Brot stefnanda á ofangreindum lagaskyldum leiði til þess, með vísan til 33. og 36. gr. laga um samningsgerð, umboð og ógilda löggæringa nr. 7/1936, að umræddir samningar séu ólögmatir og því óskuldbindandi fyrir stefnda. Beri þegar af þeirri ástæðu að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda. Í öðru lagi sé ógildingarkrafa stefnda studd þeim rökum að stefnandi hafi gerst brotlegur við 8. gr. laga nr. 108/2007, sem ætlað sé að koma í veg fyrir hagsmunaárekstra. Samkvæmt lagagreininni beri fjármálafyrirtæki að greina hagsmunaárekstra milli fyrirtækisins sjálfs annars vegar, þ.m.t. starfsmanna þess, einkaumboðsmanna eða aðila, sem lúti yfirráðum þess, og viðskiptavina þess hins vegar og milli viðskiptavina fyrirtækisins innbyrðis. Veiti ráðstafanir ekki fullnægjandi vissu fyrir því að hagsmuna viðskiptavina sé nægjanlega gætt skuli fjármálafyrirtæki upplýsa viðkomandi viðskiptavini um eðli og ástæður hagsmunaárekstranna, áður en til viðskipta sé stofnað milli fjármálafyrirtækis og viðskiptavinarins. Að mati stefnda sé nú, eftir ítarlega rannsókn af hálfu Rannsóknarnefndar Alþingis, á aðdraganda bankahrunsins, sbr. 13. kafla Rannsóknarskýrslu Alþingis, hafið yfir allan vafa að stefnandi hafi tekið gagngerða stöðu gegn íslensku krónunni og hafi þannig haft ríka hagsmuni af lækkun hennar, meðal annars til að uppfylla lagaskilyrði um eiginfjárhlutfall fjármálafyrirtækja. Á sama tíma hafi stefnandi annast framvirk gjaldmiðlaviðskipti og gjaldmiðlaskiptasamninga fyrir stefnda, með íslensku krónuna, sem undirliggjandi gjaldmiðil. Stefnandi hafi aldrei upplýst stefnda um markvissa stöðutöku sína gegn íslensku krónunni og enn síður um þá staðreynd að hagsmunir hans af gengi krónunnar væru andstæðir hagsmunum stefnda. Brot stefnanda séu með þeim alvarlegustu sem um geti í fjármálaheiminum og hafi þau haft bein áhrif á stöðu þeirra samninga sem viðskiptavinir bankans hafi átt í, þ.á.m. stefndi. Með þessari háttsemi hafi stefnandi fyrirgert rétti sínum til að krefjast efnda á samningum, sem hann hafi beinlínis unnið að því að koma í neikvæða stöðu fyrir stefnda. Stefndi byggir á því að þessi alvarlegu brot stefnanda á lögbundnum háttætnisreglum leiði til þess að allir þeir samningar, sem stefndi hafi gert við stefnanda í góðri trú og tilgreindir séu í stefnu, séu ógildir á grundvelli ógildingarreglna laga nr. 7/1936, einkum með vísan til 33. og 36. gr. laganna.

Stefnandi byggir á því, hvað framangreindar málsástæður stefnda varðar, að lög nr. 108/2007 eigi ekki við um réttarágreiningu aðila. Lög nr. 108/2007, sbr. áður lög nr. 33/2003, hafi ekki að geyma sjálfsæða ógildingarheimild. Ákvæði II. kafla laganna feli í sér háttætnisreglur og geti brot gegn þeim ekki valdið ógildingum heldur eingöngu bótaskyldu að bótaskilyrðum uppfylltum. Stefndi hafi í viðskiptum við stefnanda, eins og fyrir liggi, verið flokkaður sem almennur fjárfestir og hafi það verið í fullu samræmi samræmi við ákvæði laga nr. 108/2007. Samkvæmt 38. gr.

reglugerðar nr. 995/2007 séu afleiðusamningar, eins og þeir sem um sé deilt í málinu, flokkaður sem einfaldir fjármálagerningar og hafi stefnanda því verið heimilt að eiga viðskipti við stefnda með slíka gerninga, sbr. a-lið, 4. mgr. 16. gr. laga nr. 108/2007. Stefnandi hafni því alfarið að um hagsmunaárekstra í samskiptum stefnda og stefnanda hafi verið að ræða og því ekki um brot að ræða gegn 108 gr. laga nr. 108/2007. Þá hafi skýrsla Rannsóknarnefndar Alþingis enga þýðingu fyrir niðurstöðu málsins enda ekki um sönnunargagn að ræða í skilningi laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Stefnandi hafni því að skilyrði fyrir ógildingu á grundvelli 33. gr. og/eða 36. gr. laga nr. 7/1936 séu fyrir hendi enda hafi stefnandi ekki með neinu móti sýnt af sér óheildarleika í viðskiptum við stefnda eða aðra þá háttsemi, er valdið geti ógildingu umræddra löggerninga samkvæmt tilvitnuðum lagaákvæðum.

Samkvæmt lögum nr. 108/2007 um verðbréfaviðskipti er gerður greinarmunur á svonefndum fagfjárfestum annars vegar og almennum fjárfestum hins vegar, sbr. 9. og 11. tl. 1. mgr. 2. gr. laganna. Með fagfjárfestum er átt við viðskiptavini sem búa yfir reynslu, þekkingu og sérfræðikunnáttu til að taka sjálfir ákvarðanir um fjárfestingar og meta áhættuna sem þeim fylgir. Með almennum fjárfesti er átt við fjárfesti sem ekki er fagfjárfestir. Samkvæmt 1. mgr. 21. gr. laganna, sbr. 25. gr. reglugerðar nr. 995/2007 um fjárfestavernd og viðskiptahætti fjármálafyrirtækja, skal fjármálafyrirtæki flokka viðskiptavini sína í viðurkennda gagnaðila, fagfjárfesta og almenna fjárfesta og gera þeim grein fyrir til hvaða flokks þeir teljist, upplýsa þá um rétt þeirra til að óska eftir að falla í annan flokk og afleiðingar þess. Fyrir liggur og er óumdeilt að stefnandi flokkaði stefnda sem almennan fjárfesti. Þá er óumdeilt að stefndi óskaði þess ekki sérstaklega, eftir að honum hafði verið kynnt flokkun hans sem almenns fjárfestis, að falla í annan flokk. Samkvæmt lögum nr. 108/2007 er gerður greinarmunur annars vegar á svonefndum einföldum fjármálagerningum og hins vegar flóknum fjármálagerningum. Þessi aðgreining hefur þýðingu samkvæmt lögnum þar sem ekki eru gerðar jafn ríkar kröfur til fjármálafyrirtækja, hvað varðar öflun upplýsinga um þekkingu og reynslu viðskiptavina og mat á tilhlýðileika viðskipta, þegar þjónustan snertir einfalda fjármálagerninga og þegar um flókna fjármálagerninga er að ræða, sbr. 1. mgr. 16. gr. laga nr. 108/2007, sbr. a-lið 4. mgr. 16. gr. Samkvæmt a-lið 4. mgr. 16. gr. eru eftirtaldir fjármálagerningar skilgreindir sem einfaldir fjármálagerningar: a) hlutabréf sem hafa verið skráð á skipulegan fjármálamarkað, b) peningamarkaðskjöl, c) skuldabréf og annars konar skuld samkvæmt verðbréfi, sem hefur ekki í sér innbyggða afleiðu, d) hlutdeildarskírteini og e) aðrir einfaldir fjármálagerningar. Í 38. gr. reglugerðar nr. 995/2007 er nánar skilgreint hvaða aðrir fjármálagerningar skuli teljast vera einfaldir. Samkvæmt ákvæðinu falla afleiðusamningar, sem taldir eru upp í d-lið 2. tl. 1. mgr. 2. gr. laga 108/2007 í flokk einfaldra fjármálagerninga þ.e. valréttarsamningar, framtíðar-samningar, skiptasamningar, framvirkir vaxtarsamningar og aðrar afleiður, sem byggjast á verðbréfum, gjaldmiðlum, vöxtum, ávöxtunarkröfu, öðrum afleiðum, fjárhagslegum vísitölum eða fjárhagslegum viðmiðum, sem gera má upp efnislega eða með reiðufé. Samkvæmt framangreindu var stefnda, sem almennum fjárfesti, heimilt að eiga viðskipti með þá afleiðusamninga sem um er fjallað í máli þessu en ekki er ágreiningur um að þeir falli undir framangreinda upptalningu í d-lið 2. tl. 1. mgr. 2. gr. Eins og áður er rakið byggir stefndi á því að heimild almennra fjárfesta, samkvæmt lögum nr. 108/2007 og reglugerð nr. 995/2007, til að eiga viðskipti með afleiðusamninga, brjóti í bága við ákvæði þeirra tilskipana Evrópusambandsins, sem löggin og reglugerðin séu bygg á, eða nánar tiltekið ákvæði MiFID -

tilskipunarinnar og innleiðingartilskipunarinnar en 38. gr. innleiðingartilskipunarinnar skilgreini alla afleiðusamninga, bæði skráða og óskráða, með vísan til 4.-10. tlf. C-þáttar viðauka 1 við MiFID - tilskipunina, sem flókna fjármálagerninga. Hvort framangreind ákvæði laga nr. 108/2007 og reglugerðar nr. 995/2007, sem m.a. flokka þá afleiðusamninga sem um er deilt í máli þessu sem einfalda fjármálagerninga, séu hvað þá flokkun varði í samræmi við MiFID - tilskipunina og innleiðingartilskipunina, skiptir að mati dómsins ekki máli fyrir úrslit máls þessa enda verður kröfum, byggðum á meintri rangri innleiðingu umræddra tilskipana í íslenskan rétt, ekki beint gegn stefnanda. Þá er því hafnað að umræddar tilskipanir Evrópusambandsins gangi framur ákvæðum íslenskra réttarheimilda eða hafi bein réttaráhrif hér á landi, líkt og stefndi virðist byggja á. Þá verður inntak framangreindra ákvæði laga nr. 108/2007 og reglugerðar nr. 995/2007 ekki skýrt rýmra en orðalag þeirra gefur tilefni til. Stefndi hefur ekki fært sönnur á meint brot stefnanda gegn ákvæðum 5. gr. laga nr. 108/2007. Þá hefur stefndi, gegn andmælum stefnanda, ekki sannað að stefnandi hafi í viðskiptum sínum við stefnda brotið gegn svonefndri tilhlýðileikareglu skv. 1. mgr. 16. gr. laga nr. 108/2007, sbr. 37. gr. reglugerðar nr. 995/2007 en fyrir liggur að í samningum vegna þeirra afleiðuviðskipta, sem um er fjallað í máli þessu, er sérstök yfirlýsing þess efnis að viðskiptamaður staðfesti að hann hafi kynnt sér eðli framvirkra gjaldmiðlasamninga og notið ráðgjafar sérfræðinga utan bankans, áður en hann undirritaði viðkomandi samning. Tilvísanir stefnda til skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis, sem komið var á fót samkvæmt lögum nr. 142/2008 um rannsókn á aðdraganda og orsökum falls íslensku bankanna 2008 og tengdra atburða eru því marki brenndar að vera almenns eðlis. Það leysir stefnda ekki undan því að þurfa að færa fram fullnægjandi sönnun fyrir staðhæfingum sínum eftir þeim leiðum, sem lög nr. 91/1991 um meðferð einkamála bjóða. Það hefur hann ekki gert og er honum því ekki hald í þeim upplýsingum sem fram koma í skýrslunni og varða meinta stöðutöku stefnanda gegn gengi íslensku krónunnar, í aðdraganda bankahrunsins haustið 2008. Með vísan til alls framanritaðs verður framangreindum málsástæðum stefnda til stuðnings aðalkröfu sinni hafnað enda hefur stefndi ekki sýnt fram á að stefnandi hafi gerst sekur um háttsemi sem telja verði ósanngjarna og eða í andstöðu við góða viðskiptahætti, sbr. 2. mgr. 36. gr. laga nr. 7/1936. Þá hefur stefni ekki sýnt fram á að stefnandi hafi í viðskiptum sínum við stefnda brotið í bága við ákvæði 33. gr. s.l.

Stefndi byggir sýknukröfu sína í öðru lagi á því að stefnandi hafi vanefnt samninga sína við stefnda frá og með því tímamarki sem stefnandi hafi orðið ógjaldfær samkvæmt eigin yfirlýsingum. Með vísan til skilmála sem um viðskiptin gildi, sé stefndi í ljósi vanefnda stefnanda óskuldbundinn af þeim samningum sem um sé að tefla í máli þessu. Um réttarsamband aðila gildi staðfestingar á þeim viðskiptum sem aðilar hafi átt sín á milli, Almennir skilmálar fyrir markaðsviðskipti stefnanda (skilmálar stefnanda) og Almennir skilmálar fyrir framvirk gjaldmiðlaviðskipti og skiptasamninga, útgefnir af Sambandi íslenskra viðskiptabanka og Sambandi íslenskra sparisjóða, 1. útgáfa, febrúar 1998 (skilmálar SFF), sem vísað sé sérstaklega til í 10. gr. skilmála stefnanda. Til fyllingar skilmálum SFF séu alþjóðlega samþykktir skilmálar ISDA (International Swaps and Derivatives Association). Stefndi hafni alfarið þeirri túlkun stefnanda sem fram komi í stefnu að lögskipti aðila máls þessa falli einvörðungu undir skilmála stefnanda. Stefndi byggir mál sitt í einu og öllu á því að honum sé heimilt samkvæmt 4. gr. skilmála stefnanda að skuldajafna samningum sínum við stefnda miðað við stöðu hvers samnings á viðkomandi gjalddaga. Á þessu ákvæði byggir stefndi kröfu sína um

að skuldajöfnun leiði til þeirrar niðurstöðu að stefndi skuldi þá upphæð sem krafist sé í stefnu. Túlkun stefnanda á skilmálunum eigi sér hvorki stoð í orðalagi ákvæðisins, tilgangi með skilmálunum eða því hvernig skilmálarnir séu upp settir. Ef litið sé til skilmála stefnanda megi sjá að þeir kveði einvörðungu á um skyldur viðskiptamanns gagnvart stefnanda og heimildir stefnanda, komi til þess að viðskiptamaður stefnanda vanefni samningana, sbr. 7. gr. skilmála stefnanda. Skilmálarnir séu einhliða, sem feli í sér að þeir taki einungis á því hvaða réttarræði og hvernig uppgjör viðskipta skuli fara fram, ef viðskiptavinur vanefni samninginn. Í þessu felist að markaðsskilmálarnir taki ekki á því hvað gerist, ef stefnandi vanefni samninginn, m.a. þegar hann verði gjaldþrota, fari í greiðslustöðvun eða verði ófær um að standa við skuldbindingar sínar með öðrum hætti. Hins vegar komi fram í 10. gr. skilmála stefnanda tilvísun til skilmála SFF, sem ætlað sé að gilda um þau atriði sem ekki sé kveðið sérstaklega á um í skilmálum stefnanda. Hér skuli áréttað að stefnandi, sem haft hafi forræði á allri samningsgerð, hafi valið sérstaklega að hafa samningana á þessa leið og veki því furðu að stefnandi skuli halda því fram að einvörðungu skilmálar stefnanda gildi um réttarsamband aðila. Þar sem ekki sé tekið á því í skilmálum stefnanda, hvað gerist ef stefnandi verði ógjaldfær og hvaða vanefndarúrræði séu fyrir hendi ef stefnandi vanefni samninginn, eins og liggi fyrir í málinu að verið hafi raunin 7. október 2008, leiði beint af 10. gr. skilmála stefnanda að líta verði til skilmála SFF til að skýra réttarstöðu aðila. Ólíkt skilmálum stefnanda séu skilmálar SFF tvíhliða og geri ráð fyrir því að bankinn annars vegar og viðskiptavinurinn hins vegar geti vanefnt samninginn. Skilmálar SFF skiptist í tvo hluta. Annars vegar skilmála fyrir framvirk gjaldmiðlaviðskipti og hins vegar skiptasamninga. Í 3. gr. skilmála SFF um framvirk gjaldmiðlaviðskipti, sem sé efnislega samhljóða 9. gr. skilmála SFF um skiptasamninga, sé lýst ákveðnum afbrigðum af vanefndum og hvaða réttaráhrif slíkar vanefndir hafi í för með sér. Megininntak 3. gr. og 9. gr. skilmála SFF sé að tryggja rétt gagnaðila þess sem líklegur sé til að vanefna sínar samningsskyldur, til að neyta réttarræða, ef aðili samnings sé ekki fær um að efna sinn hluta samningsins. Þar sem framvirkir gjaldmiðlasamningar og skiptasamningar séu tvíhliða samningar, sem feli í sér skyldu af beggja hálfu, sé grunnforsenda samningsins að báðir aðilar geti efnt gagnkvæma samningsskyldu sína. Af þeim sökum sé tekið sérstaklega á því til hvaða úrræða gagnaðili þess aðila, sem ákveðnar líkur séu fyrir að geti ekki efnt samninginn, geti gripið til, komi slík skilyrði fram. Ákvæði 3. gr. og 9. gr. skilmála SFF eigi sér fyrirmynd í 5. gr. skilmála ISDA frá 1987, 1992 og 2002. ISDA, sem viðurkennt sé og nýtt sé sem samningsform um viðskipti sem þessi út um allan heim, þar á meðal af stefnanda, í fjölmörgum viðskiptum við erlenda gagnaðila. Nauðsynlegt sé að hafa ISDA skilmálana til hliðsjónar við túlkun á skilmálum SFF enda ljóst að skilmálar SFF séu uppsettir á sama máta og svari efnislega til ISDA skilmálanna frá 1987 og 1992. Í 5. gr. ISDA skilmálanna frá 1987 og 1992 séu tekin fyrir ýmis konar afbrigði af vanefndum en sömu grunnrökin búi að baki þ.e. að öðlist gagnaðili rétt til þess að neyta vanefndarúrræða, sem kveðið sé á um í samningnum, séu löglíkur fyrir því að gagnaðilinn geti ekki efnt sína skuldbindingu samkvæmt samningnum, sbr. 70 gr. og 71 gr. Stefndi hafi ætíð haldið því fram að stefnandi hafi í síðasta lagi vanefnt þá samninga sem verið hafi útistandandi, 7. október 2008, og séu vanefndirnar enn til staðar. Á undanförunum misserum hafi þar að auki komið fram upplýsingar sem sýni að stefnandi hafi í raun verið í þeirri stöðu mun fyrr og jafnvel áður en aðilar hafi gert samningana sín á milli. Hefði stefnandi átt löngu fyrr að gefa félagið upp til skipta enda ljóst að stefnandi gæti ekki staðið við skuldbindingar sínar. Stefndi byggi á því að ákvörðun FME frá 14. október 2008

feli í sér vanefnd skv. gr. 3.3 og gr. 9.3 í skilmálum SFF sem lýsi ekki tæmandi þeim tilvikum sem geti leitt til verri gjaldfærni viðkomanda aðila. Jafnframt byggja stefndi á því að vanefnd skv. gr. 3.4 og 9.4 hafi verið fyrir hendi í síðasta lagi frá því tímamarki, þegar FME hafi sett skilanevnd yfir stefnanda, 7. október 2008, enda hefði stjórn bankans þá sjálf lýst því yfir að bankinn gæti ekki staðið varanlega við sínar skuldbindingar. Hefði stjórninni því verið skylt á því tímamarki, ef ekki hefði komið til setningar neyðarlaganna, að gefa félagið upp til gjaldþrotaskipta skv. 105. gr. hlutafélagalaga nr. 2/1995, sbr. 64. gr. laga um gjaldþrotaskipti nr. 21/1991. Vegna ógjaldfærni stefnanda á þessu tímamarki, sem hafi í sjálfu sér verið vanefnd á skuldbindingum hans, hafi allir skiptasamningar milli stefnda og stefnanda gjaldfallið, 7. október 2008, og hafi stefndi ekki þurft að senda stefnanda sjálfstæða riftunaryfirlýsingu til þess að geta byggt rétt sinn á gr. 3.4 og gr. 9.4 í skilmálum SFF. Af framangreindu megi vera ljóst að því vanefndartilviki sem lýst sé í gr. 3.4, gr. 3.3, gr. 9.4 og gr. 9.3 hafi átt við um stefnanda, þegar FME hafi tekið yfir stjórn bankans. Framangreind túlkun á ákvörðun FME eigi sér stoð í Rannsóknarskýrslu Alþingis, ákvörðun FME, neyðarlögunum og dómaframkvæmd eftir hrun. Í 4. gr. skilmála SFF um framvirk gjaldmiðlaviðskipti og 10. gr. skilmála SFF um skiptasamninga, sem séu efnislega samhljóða, sé kveðið sérstaklega á um það hvernig staðið skuli að uppgjöri, þegar samningurinn falli niður eða sé rift á grundvelli gr. 3 og gr. 9 í skilmálum SFF. Í gr.10.1 segi:

Falli skiptasamningur úr gildi skv. 9. gr. þessara skilmála skal sá samningsaðili sem vanefnir samninginn bæta þeim samningsaðila sem segir upp eða riftir samningnum allt það tjón sem hann verður fyrir vegna þess, þ.á.m. tap samkvæmt grein 10.2. Falli skiptasamningur úr gildi samkvæmt samkomulagi aðila skal reikna út hagnað eða tap aðila vegna markaðsaðstæðna skv. gr. 10.2 og kostnað sem samningsaðilar verða fyrir og skal mismunurinn gerður upp milli þeirra.

Í gr. 10.1 felist að þegar annar aðilinn vanefni samninginn, og útistandandi samningar gjaldfalli skv. gr. 9.4 eða sé rift á grundvelli gr. 9.1 - 9.3, skuli einungis þeim aðila, sem vanefni samninginn, vera skylt að greiða gagnaðila skaðabætur, sem stafi af vanefndinni. Þetta eigi við jafnvel þó að gagnaðili þess, sem vanefni samninginn, hafi verið í skuld við þann sem vanefni á grundvelli mats á hagnaði/tapi samkvæmt gr. 10.2. Af þessu leiði að stefnandi, sem hafi vanefnt og verið í vanefnd skv. samningnum, skuli bæta stefnda allt það tjón sem leitt hafi af vanefndinni og þar með talið það tjón sem ákvarðist á grundvelli gr. 10.2. Engin vanefnd hafi orðið af hálfu stefnda á samningunum og innheimtubríf skilanevndar stefnanda níu mánuðum eftir að stefnandi hafi farið í þrot, breyti engu um það. Þvert á móti leiði skilmálarnir til þess að stefndi sé laus undan öllum skuldbindingum við stefnanda samkvæmt þeim afleiðu- og skiptasamningum sem verið hafi útistandandi eftir 7. október 2008. Stefndi byggja á því að sú uppgjörsaðferð, sem að framan sé lýst í skilmálum SFF, svari til þeirrar uppgjörsaðferðar sem ISDA skilmálarnir frá 1987 byggja á (6. gr.(e)(i)). Jafnframt eigi ákvæðið efnislega fyrirmynd í 6. gr. ISDA skilmálanna frá 1992, þ.e. í „first method and marked quotation“, sem sé uppgjörsaðferð sem samningsaðilar geti samið um að gildi um uppgjör samnings, þegar samnings sambandinu ljúki vegna einhverra þeirra vanefnda sem lýst sé í 5. gr. skilmála ISDA (6. gr.(e)(i)). Samkvæmt þeirri reglu skuli gagnaðili þess aðila sem vanefni samninga fá bætt allt það tjón sem hann verði fyrir vegna vanefnda á samningnum. Ef samningurinn sé í jákvæðri stöðu, þegar hann sé gerður upp fyrir gagnaðila þess sem vanefni, skuli sá er vanefni bæta allt það tjón sem tapist. Hins vegar, ef samningurinn sé í neikvæðri

stöðu fyrir gagnaðila þess sem vanefni samninginn, þá geti sá hinn sami gengið frá samningnum án þess að til komi nokkur greiðsla af hans hálfu. Framangreind uppgjörsaðferð eigi við í því tilviki sem hér sé um að ræða, þegar annar aðilinn vanefni samninginn. Stefndi bendi einnig á að stefnandi styðjist við skilmála ISDA frá 1992 í flest öllum sínum afleiðusamningum. Þessu til stuðnings skuli ennfremur áréttað að í skilmálum SFF, sem að mati stefnda beri að leggja til grundvallar í þessum lögskiptum, sé gert ráð fyrir þessari uppgjörsaðferð. Ástæðan fyrir því sé eflaust sú að skilmálarnir hafi verið gerðir árið 1998 og hafi þessi uppgjörsaðferð verið ríkjandi fyrir þann tíma skv. ISDA 1992 forminu og ISDA 1987 forminu. Auk þessa sé líklegt að sú staðreynd að bankar, sem oftast séu sterki aðilinn í samningssambandinu og komi að gerð skilmálanna, hafi lagt þessa uppgjörsaðferð til, gagnert til þess að vera lausir ef gagnaðilar þeirra vanefndu eða færu í þrot þegar gagnaðilarnir hafi verið í jákvæðri stöðu. Samtök fjármálafyrirtækja (SFF) hafi þannig gagnert haft skilmálana stranga í garð þeirra samningsaðila, sem komist í greiðsluþrot, til að vernda hagsmuni bankanna. En sök biti sekan og bankarnir verði jafnframt að sæta því að þessir skilmálar eigi við um þeirra þrot. Að lokum beri að hafa í huga að skilmálar stefnanda og skilmálar SFF séu einhliða samdir af stefnanda og þeim samtökum sem hann hafi tilheyrt. Ef óvissa sé um inntak skilmálanna þá beri að túlka þá stefnanda í óhag.

Stefnandi byggir á því að með öllu sé ósannað og vanreifað með hvaða hætti stefnandi eigi að hafa vanefnt umrædda afleiðusamninga. Samningarnir hafi verið efnidir með skuldajöfnuði, sem byggst hafi á 4. gr. markaðsskilmála stefnanda. Óumdeilt sé að stefndi hafi vanefnt samningana og skuldajöfnuður því verið heimill. Þá hafi skuldajöfnuðurinn jafnframt byggst á almennum reglum kröfuréttar um skuldajöfnuð samþættra krafna. Í þessu sambandi verði jafnframt að hafa í huga að skert greiðslugeta annars aðila í kröfuréttarsambandi hindri ekki að sami aðili geti efnit skyldur sínar með skuldajöfnuði. Aðili í tvíhliða kröfuréttarsambandi verði að tilkynna mótaðila innan ákveðins frests, ef hann ætli að bera fyrir sig vanefnd. Geri hann það ekki glati hann rétti til að bera vanefndina fyrir sig hvort sem um sé að ræða riftun eða önnur vanefndarúrræði. Stefndi hafi ekki á nokkurn hátt brugðist við skipun skilanefnar yfir stefnanda og þannig ekki fullnægt þeirri skyldu sinni að tilkynna stefnanda um meinta vanefnd. Þá verði ennfremur að hafa í huga að tilkynning um skilanefnd Glitnis banka hf. sé dagsett 27. október 2008 en allir þeir samningar sem um sé fjallað í málinu hafi verið með gjalddaga fyrir skipun skilanefnarinnar. Stefndi hafi ekki brugðist við tilkynningunni með neinum hætti og aldrei lýst yfir riftun.

Fyrir liggur að um afleiðuviðskipti stefnanda og stefnda fór skv. almennum skilmálum Íslandsbanka - FBA hf., síðar Glitnis banka hf., frá október 2000, með síðari breytingum frá 29. ágúst 2001, og almennum skilmálum fyrir framvirk gjaldmiðlaviðskipti og skiptasamninga útgefnum af Sambandi íslenskra viðskiptabanka og sparisjóða (SFF), 1. febrúar 1998, sbr. 10. gr. skilmála stefnanda. Stefndi staðfesti framangreinda almenna skilmála stefnanda, 30. mars 2001. Stefndi hefur til stuðnings málsástæðu sinni um vanefnd stefnanda vísað til svonefndra ISDA- skilmála. Með vísan til andmæla stefnanda verður ekki talið að þeir taki til viðskipta aðila enda ekki um slíkt samið eða skilmálarnir bindandi fyrir stefnanda af öðrum ástæðum. Stefndi hefur ekki fært nein haldbær lögfræðileg rök fyrir því að skipun skilanefnar yfir Glitni banka hf., 7. október 2008, eða ákvörðun Fjármálaeftirlitsins, 14. október s.á., um ráðstöfun eigna og skulda Glitnis banka hf. til Nýja Glitnis banka hf., hafi falið í sér vanefnd gagnvart stefnda, sem leitt hafi til

niðurfellingar á þeim samningsskyldum, sem á stefnda hvíldu samkvæmt þeim 14 afleiðusamningum, sem um er fjallað í máli þessu. Fyrir liggur að afleiðusamningarnir voru gerðir upp með skuldajöfnuði skv. 4. gr. skilmála stefnanda og voru þannig efnir af stefnanda. Þá liggur fyrir að stefndi hafi ekki í framhaldi af skipum skilaneftar yfir stefnanda, 7. október 2008, eða þeirri stöðu, sem upp kom, 14. október 2008, með ákvörðun FME um ráðstöfum eigna og skulda stefnanda, lýst yfir riftun á þeim afleiðusamningum sem liggja til grundvallar kröfum stefnanda í máli þessu og því ekki látið reyna á mögulegan rétt sinn til riftunar á grundvelli óskráðra reglna um forsendubrest eða með stoð í skilmálum SFF, sbr. 9. gr. skilmálanna. Er stefnda því ekki hald í þessari málsástæðu.

Stefndi byggir sýknukröfu sína í þriðja lagi á því að ósanngjarnt sé og andstætt góðri viðskiptavenju að stefnandi innheimti kröfur sínar á hendur stefnda á grundvelli gjaldmiðlaskiptasamninganna, enda séu forsendur samninganna brostnar. Málsástæða þessi sé byggð á 36. gr. laga um samningsgerð, umboð og ólögmaeta löggæringa nr. 7/1936 þar sem segi að samningi megi víkja til hliðar í heild eða að hluta, eða breyta, ef það yrði talið ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju að bera hann fyrir sig. Við matið skuli m.a. líta til atvika sem síðar komi til. Með vísan til algers markaðsbrests og vangetu stefnanda til að efna umrædda afleiðsamninga sé á því byggt að samningarnir séu skv. efni sínu ósanngjarnir vegna atvika sem síðar hafi komið til og beri því að ógilda þá eða víkja til hliðar að öllu leyti með vísan í 36. gr. laga nr. 7/1936. Í íslenskum rétti hafi verið talið heimilt að víkja frá eða breyta samningi vegna síðar tilkominna atvika ef viðkomandi atvik séu þess eðlis að ekki hafi með sanngirni verið hægt að sjá þau fyrir við samningsgerð. Stefndi hafði verið í viðskiptasambandi við stefnanda um árabíl og meðal þeirra viðskipta sem stefndi hafi átt við stefnanda hafi verið að verja félagið gegn gjaldeyrisáhættu og tryggja sjóðstreymi félagsins. Grundvallarforsendan í þeim viðskiptum hafi verið að gagnkvæmt traust ríkti milli aðila og þeir gætu staðið við skuldbindingar sínar. Sumir þeirra samninga sem um sé deilt í máli þessu eigi sér stoð í eldri samningum, sem framlengdir hafi verið með nýjum, eftir því sem nauðsynlegt hafi verið. Hafi stefnandi og stefndi gert ráð fyrir að þessi háttur yrði áfram viðhafður þar til meira jafnvægi kæmist á stöðu krónunnar en almennt hafi á þessum tíma verið gert ráð fyrir því að hún styrktist fyrr eða síðar. Þegar samningarnir hafi verið gerðir hafi stefndi með engu móti getað séð fyrir að stjórn og starfsmenn stefnanda væru um það bil að stýra stefnanda í þrot og myndu óska eftir að FME tæki yfir reksturinn vegna þess að stefnandi væri í raun ógjaldfær og gæti ekki lengur staðið við skuldbindingar sínar. Í hruninu hafi stefndi óskað sérstaklega eftir því að hinn gjaldfæri Nýi Glitnir banki hf. tæki við skuldbindingum stefnanda og hafi stefndi staðið í þeirri trú að sú yrði raunin. Sú ákvörðun FME, 14. október 2008, að afleiðusamningar skyldu ekki, ólíkt öllum öðrum skuldbindingum bankans gagnvart íslenskum fyrirtækjum, flytjast úr hinum gjaldþrota bönkum yfir í nýju bankana, hafi haft í för með sér einhverja þá verstu stöðu sem upp hafi getað komið, stöðu sem stefndi hafi ekki getað séð fyrir. Lokað hafi verið fyrir gerð afleiðusamninga og framlengingu þeirra sem verið hafi til staðar. Stefndi hafi lokað samningunum og gert kröfu til greiðslu þeirra sem verið hafi í neikvæðri stöðu. Hefðu samningarnir aftur á móti verið í jákvæðri stöðu fyrir viðskiptavinum stefnanda hefðu þeir ekki fengið inneign sína greidda heldur eignast almenna kröfu við uppgjör stefnanda sem enginn viti hvort eða hvenær eitthvað fáist upp í. Ef framangreind leið hefði ekki verið farin hefðu varnarsamningar stefnda við stefnanda haft einhverja þýðingu og hefði

stefndi þá í samvinnu við Nýja Glitni banka hf. getað unnið sig út úr erfiðari stöðu á sama hátt og stefndi hafi gert árið 2002, þegar gengið hafi verið gefið frjálst. Frá því að FME hafi tekið yfir Glitni banka hf., 7. október 2008, og með ákvörðun FME 14. október sama ár, hafi eðli samninganna breyst úr því að vera tvíhliða samningar í einhliða. Leiði þetta af þeirri staðreynd að með samþykkt neyðarlaganna og ákvörðunum FME, 7. október og 14. október 2008, hefði stefnandi orðið með öllu ófær um að efna aðalskyldu samninganna. Með athöfnum sínum hafi stefnandi raskað því jafnræði og þeim stöðugleika sem gilt hafi í viðskiptum stefnanda og stefnda. Stefndi hafi með engu móti getað varið sjóðstreymi félagsins og komið í veg fyrir þær aðstæður sem hann hafi staðið frammi fyrir og eingöngu verði raktar til stefnanda. Krafa stefnanda sem sett sé fram í stefnu sé andstæð góðri viðskiptavenju enda fáist ekki staðist að stefnandi hagnist á því að hafa tekið stöðu gegn stefnda og rekið sjálfan sig í þrot. Reglan um brostnar forsendur leiði til þess að samningur sem annars væri gildur sé talinn óskuldbindandi að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Stefndi byggji m.a. á því að við yfirtöku FME á stjórn bankans, 7. október 2008, og eftir ákvörðun FME, 14. október 2008, hafi félagið í raun ekki haft neinn hag af samningunum. Um verulegan forsendubrest sé að ræða. Stefnanda hafi mátt vera ljóst að stefndi hefði aldrei stofnað til viðskiptanna, ef stefndi hefði séð eða mátt sjá fyrir að stefnandi krefðist þess að hann yrði óbundinn af samningunum, sem óhagstæðir væru stefnanda en myndi reyna að halda uppi þeim samningum sem teldust honum í hag. Það hafi verið verulega forsenda viðskiptanna að stefndi fengi það endurgjald, sem um hafi verið rætt, kæmi til þess að skilyrði greiðsluskyldu stefnanda kæmu fram. Eftir 7. og 14. október 2008 hafi verulegur forsendubrestur átt sér stað sem leiði til ógildingar þeirra samninga sem óuppgerðir hafi verið eftir það tímamark. 36. gr. laga um samningsgerð, umboð og ólögsmæta löggæringa nr. 7/1936 sé einmitt ætlað að taka á ófyrirsjáanlegum atvikum eins og stefndi hafi mátt standa frammi fyrir og lýst sé hér að framan. Öll sanngirnirök styðji þá kröfu stefnda að samningum aðila verði vikið til hliðar, að öllu leyti, vegna atvika sem ekki hafi verið fyrirsjáanleg við gerð samninganna og með öllu óviðeigandi af hálfu þess sem skapað hafi þær aðstæður sem upp hafi komið í samskiptum aðila að bera samningana fyrir sig. Þá byggji stefndi sýknukröfu sínu um að víkja beri samningunum til hliðar á þeirri staðreynd að stefnandi hafi vísvitandi tekið ákvarðanir sem verið hafi stefnda óhagstæðar og unnið í raun gegn hagsmunum stefnda. Með gjaldmiðlasamningum hafi stefndi í samráði við stefnanda tekið ákvarðanir um gjaldmiðlavarnir sem byggst hafi á íslensku krónunni sem undirliggjandi gjaldmiðli. Í Rannsóknarskýrslu Alþingis, kafla 13, komi fram að á sama tíma hafi stefnandi tekið stöðu fyrir eigin reikning gegn íslensku krónunni. Þær ákvarðanir hafi verið ósamrýmanlegar þeirri þjónustu sem stefnanda hafi borið að inna af hendi fyrir stefnda. Með þessari háttsemi sinni hafi stefnandi fyrirgert rétti sínum til samninganna enda ósanngjarnt og andstætt góðri viðskiptavenju að bera þá fyrir sig. Auk þess sem slík hegðun feli í sér skýrt brot á ákvæðum 8. gr. laga nr. 108/2007 varðandi hagsmunaárekstra, sem ætlað sé að tryggja fjárfestavernd og girða fyrir að fjármálastofnun taki ákvarðanir eða eigi í viðskiptum við þriðja aðila, sem brjóti gagngert gegn hagsmunum viðskiptamanns bankans. Stefnandi hafi aldrei gert stefnda grein fyrir því að hann væri í öðrum viðskiptum að taka ákvarðanir sem beinlínis sköðuðu hagsmuni stefnda og hefði stefndi vafalaust aldrei gert þá samninga sem um sé deilt í máli þessu hefðu þær upplýsingar legið fyrir við gerð samninganna. Auk þess gefi það auga leið að stefndi hefði aldrei gert samninga, sem ætlað hafi verið að tryggja sjóðstreymi félagsins, við gjaldþrota viðsemjanda.

Stefnandi byggir á því að ekki geti talist ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju að gera kröfu um uppgjör á viðskiptum sem stefndi hafi tekið þátt í að stofna til og gert sér fyllilega ljóst að gátu verið áhættusöm. Reyndar hafi stefnandi vakið sérstaka athygli hans á því að viðskipti með afleiður gætu verið áhættusöm og bent honum á að leita sér ráðgjafar í þeim efnum og stefndi staðfest að hafa leitað sér slíkrar ráðgjafar utan stefnanda. Viðskipti af því tagi sem liggja til grundvallar afleiðusamningunum, sem um sé deilt í málinu, hafi verið að öllu leyti eðlileg og venjuleg. Slíkum viðskiptum verði ekki vikið til hliðar á grundvelli 36. gr. laga nr. 7/1936. Þá sé ljóst að stefndi hafi ekki mátt gera ráð fyrir að umræddir afleiðusamningar yrðu framlengdir eins og símtöl fyrirsvarysmanns stefnda og starfsmanns stefnanda bendi ótvírætt til. Stefndi hafi sjálfur tekið ákvarðanir sínar um gengisvarnir enda enginn ráðgjafasamningur í gildi milli stefnanda og stefnda um ráðgjöf, hvað gerð afleiðusamninga varðaði. Þá sé með öllu ósannað að stefnandi hafi unnið gegn hagsmunum stefnda eins og stefndi haldi fram og sé sérstök ástæða til að undirstrika að skýrsla Rannsóknarnefndar Alþingis geti ekki talist sönnunargagn í þeim efnum eins og ítrekað hafi verið staðfest í dómum Hæstaréttar. Þá fái ekki staðist sú fullyrðing stefnda að veiking krónunnar hafi verið andstæð hagsmunum stefnda, sem haft hafi mestan hluta tekna sinna af útflutningi og sölu sjávarafurða gegn greiðslu í erlendum myntum. Hvað meintan forsendubrest varði liggja ekkert fyrir um á hvaða ákvörðunarforsendu eða forsendum stefndi hafi stofnað til umræddra afleiðuviðskipta. Því sé ekki um brostnar forsendur að ræða. Umræddir afleiðusamningar hafi ekki falið í sér loforð stefnanda um hagfellda niðurstöðu, viðskiptavakt eða lokun óhagstæðra samninga. Gengistap samkvæmt samningunum hafi komið á mótum gengishagnaði í rekstri stefnda og hafi það verið í samræmi við virkni samninganna.

Fallist verður á það með stefnanda, að ekki geti talist ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju, sbr. 36. gr. laga nr. 7/1936, að stefnandi skuli í máli þessu krefjast efnda á þeim afleiðusamningum sem óuppgerðir voru milli aðila, 16. október og 21. október 2008. Hvað varðar þá málsástæðu sérstaklega að stefnandi hafi markvisst tekið stöðu gegn gengi íslensku krónunnar og sú stöðutaka hafi beinlínis farið gegn hagsmunum stefnda vísast til þess sem áður sagði um sönnunargildi skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis. Verður stefndi að bera hallan af skorti á sönnun í þessum efnum. Þá hefur stefndi ekki sýnt fram á að stefnandi hafi ábyrgst að stefnda gæfist kostur á samningum við stefnanda um framvirk gjaldmiðlaskipti eftir 16. október eða 21. október 2008 eða að áframhaldandi afleiðuviðskipti við stefnanda, eftir 7. október 2008, hafi verið ákvörðunarforsenda fyrir gerð þeirra 14 afleiðusamninga, sem um er fjallað í máli þessu. Enda þótt samningskjör hvers framangreinds samnings kunnir að verða rakin til þess samnings sem á undan kom var hver samningur sjálfstæður bæði að formi og efni. Þannig bar hver samningur sjálfstætt númer, óháð fyrri samningum, hver samningur stóð sjálfstæður í þeim skilningi að skuldbinding samkvæmt honum réðist að fullu af texta hans sjálfs án tilvísana til fyrri samninga og síðast en ekki síst fólst í hverjum samningi skuldbinding um að efna hann á gjalddaga/lokadegi, á grundvelli umsamins gengis. Er því framangreindri málsástæðu stefnda hafnað.

Við aðalmeðferð málsins lýsti lögmaður stefnda því yfir að fallið væri frá skuldajafnaðarkröfu stefnda sem varakröfu í málinu en hins vegar væri á henni byggt sem málsástæðu til stuðnings aðalkröfu um sýknu og varakröfu (áður þrautavarakröfu) um lækun á kröfum stefnanda. Verður framangreind yfirlýsing

lögmanns stefnda helst skilin á þann veg að skuldajafnaðarkrafa sé höfð uppi í málinu sem gagnkrafta til skuldajafnaðar, sbr. tilvísun hans um lagarök til stuðnings kröfunni til 1. mgr. 28. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Stefndi byggir kröfu sína um skuldajöfnuð á sakarreglunni, þar sem stefnandi hafi brotið gegn ákvæðum laga nr. 108/20007 um verðbréfavíðskipti, reglugerðar nr. 995/2007 um fjárfestavernd og víðskiptahætti fjármálafyrirtækja og þeirra tilskipana Evrópusambandsins, sem lögin og reglugerðin séu byggð á. Stefnandi hafi með ólögmati og saknæmri háttsemi bakað stefnda fjártjón sem sé bótaskyld og beint orsakasamband sé milli saknæmrar hegðunar stefnanda og tjónsins sem háttsemin hafi valdið stefnda. Stefnandi byggir á því að komist dómurinn að þeirri niðurstöðu að ekki beri að taka sýknukröfu stefnda til greina sé þess krafist að kröfum stefnda á hendur stefnanda að fjárhæð 242.575.704 krónur ásamt vöxtum og dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 229.420.704 krónum frá 7. október 2008 til 21. október 2008 og af 243.275.704 krónum frá 7. október 2008 til 21. október 2008 verði skuldajafnað við dómkröfur stefnanda. Verði dómkröfur stefnanda lækkaðar breytist skuldajöfnunarkrafa stefnda til samræmis þannig að aðilar verði eins settir og að hinir ólögmatu samningar, sem stefnukrafan byggist á, hafi aldrei verið gerðir. Lögum nr. 108/2007 og reglugerð nr. 995/2007, settri á grundvelli þeirra, um fjárfestavernd og tilskipanir Evrópusambandsins, sem lögunum og reglugerðinni sé ætlað að innleiða, skilgreini fjárfesta annars vegar sem almenna fjárfesta og hins vegar sem fagfjárfesta. Töluverður munur sé á því hvaða fjármálagerningar séu við hæfi almenns fjárfestis annars vegar og fagfjárfestis hins vegar. Almennir fjárfestar njóti þannig meiri verndar samkvæmt lögunum. Eins og fyrir liggir í málinu hafi stefnandi látið meta hæfi stefnda sem fjárfestis með sérstöku prófi og hafi niðurstaðan verið sú að stefndi hafi verið flokkaður sem almennur fjárfestir. Samt sem áður hafi stefnandi látið stefnda stunda afleiðuvíðskipti, sem aðeins séu á færi fagfjárfesta. Þetta hafi stefnandi gert meðvitaður um að stefndi hefði ekki hæfi til að stunda slík víðskipti og væri það óheimilt lögum samkvæmt. Hefði stefnandi einskorðað víðskipti stefnda við víðskipti sem ekki hafi verið við hans hæfi í samræmi við mat það sem stefnandi hafi látið framkvæma. Hefði stefnandi fylgt lagafyrirmælum hefði stefndi aldrei gert þá afleiðusamninga sem mál þetta fjalli um. Auk þess hafi stefnandi ekki komið í veg fyrir hagsmunaárekstra milli sín og stefnda annars vegar og annarra víðskiptavina stefnanda og stefnda hins vegar. Þvert á móti hafi hann vísitandi tekið ákvarðanir sem verið hafi andstæðar hagsmunum stefnda. Slíkt sé skýrt lagabrot. Þessi saknæma og ólögmatu háttsemi stefnanda hafi valdið stefnda tjóni, ef dómurinn samþykki aðalkröfu stefnanda. Stefnandi krefjist þess að skuldajafnaðarkrafa hans, sem byggir á skaðabótum vegna þess taps sem orðið hafi á afleiðuvíðskiptunum, auk vaxta og dráttarvaxta, verði skuldajafnað á móti aðalkröfu stefnanda, að svo miklu leyti sem dómkröfur stefnanda verði teknar til greina. Nánar tiltekið sé skuldajafnaðarkrafa stefnda nákvæmlega sú sama og stefnukrafa stefnanda, enda byggist stefnukrafan á neikvæðri stöðu afleiðusamninganna, sem sé það tjón sem stefndi verði fyrir ef dómurinn samþykki aðalkröfu stefnanda. Kraftan um skuldajöfnuð sé sett fram á grundvelli heimildar í 1. mgr. 28. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Lagaskilyrðum skuldajafnaðar sé fullnægt enda eigi kröfur stefnda rætur að rekja til sömu löggerninga og dómkröfur stefnanda. Með því að skuldajafna kröfum stefnda á móti kröfum stefnanda verði aðilar máls þessa eins settir og hinir ólögmatu samningar hefðu aldrei verið gerðir.

Stefnandi hafnar því að hann hafi gerst sekur um bótaskylda háttsemi gagnvart stefnda í tengslum við umrædda afleiðusamninga. Í því sambandi heldur stefnandi því fram að hann hafi ekki með neinum hætti brotið gegn ákvæðum laga nr. 108/2007 eða reglugerðar nr. 995/2006. Í þessu samhengi ítreki stefnandi að stefndi hafi sem almennur fjárfestir mátt fjárfesta í einföldum fjármálagerningum en afleiður teljist til slíkra gerninga. Þá hafi stefndi haft þekkingu og verulega reynslu af gerð framvirka gjaldmiðlaskiptasamninga. Í þessu sambandi verði einnig að horfa til þess að á öllum viðskiptakvittunum sem farið hafi milli stefnanda og stefnda hafi verið sérstök yfirlýsing þar sem stefndi hafi staðfest að hann hafi kynnt sér eðli afleiðusamninga og notið í þeim efnum ráðgjafar sérfræðinga sem verið hafi ótengdir stefnanda. Þá hafi stefndi ekki fært sönnur á að ráðstafanir stefnda til að koma í veg fyrir hagsmunaárekstra hafi ekki skilað þeim árangri sem ráð hafi verið fyrir gert.

Dómurinn hefur þegar komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi hafi ekki í viðskiptum sínum við stefnda brotið gegn þeim ákvæðum laga nr. 108/2007 eða reglugerðar nr. 995/2007, sem stefndi ber fyrir sig. Þá hefur sönnunargildi skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis fyrir úrslit máls þessa þegar verið hafnað. Er því framangreindri málsástæðu stefnda hafnað.

Stefndi byggir varakröfu sína um lækkun dómkrafna stefnanda á því að verulegur vafi leiki á því hvernig uppgjóri á afleiðusamningum skuli háttað undir þeim kringumstæðum sem um ræði í máli þessu. Í innheimtuviðvörðun frá stefnanda, 27. júlí 2010, sé krafa stefnanda útlistuð á eftirfarandi máta: „Notast er við miðgengi Seðlabanka Íslands á umsömdum uppgjörsdögum.“ Í almennum markaðsskilmálum stefnanda sé ekki tekið á því hvernig gera skuli upp samninga, þegar bankinn vanefni þá og slíkt verði grundvöllur samningsslita. Um þetta atriði sé fjallað í skilmálum SFF um uppgjör skiptasamninga. Stefndi haldi því fram að sú uppgjörsaðferð sem þar sé tilgreind feli í sér s.k. „first method and marked quotation“, sbr. skilmála ISDA frá 1987 og 1992 og falli þá greiðsluskylda stefnda niður við vanefnd samningsins. Verði ekki á það fallist heldur þess í stað að uppgjörsaðferðin feli í sér „second method and marked quotation“ þá skuli bankinn í því tilviki reikna út þann hagnað og tap sem myndist af hverjum samningi fyrir sig hjá samningsaðilum, sbr. gr. 5.2 og gr. 10.2 í skilmálum SFF. Útreikningurinn skuli grundvallast á markaðsaðstæðum á síðasta gildisdegi samningsins og reiknast sem núvirði mismunarins, milli annars vegar þeirra greiðslna sem samningsaðili hefði átt að inna af hendi og hefði átt að fá, ef samningurinn hefði haldið gildi sínu, og hins vegar þeirra greiðslna sem samningsaðilinn hefði átt að greiða banka fyrir að ganga inn í samninginn í stað hins samningsaðilans. Við útreiking á hagnaði og tapi skuli bankinn leita upplýsinga frá innlendum og erlendum bönkum eftir því sem við eigi. Bankinn skuli senda viðskiptamanni útreikning innan fjórtán daga frá því að samningurinn falli úr gildi og gefa honum kost á að koma með athugasemdir við útreikninginn. Viðskiptamaðurinn skuli koma athugasemdum sínum á framfæri innan sjö daga. Bankinn skuli hafa þær til hliðsjónar í endanlegum útreikningi, sbr. skilmála SFF um framvirk gjaldmiðlaviðskipti, gr. 5.2, og skilmálar SFF um skiptasamninga, gr. 10.2. Af framangreindu leiði að sé það hlutverk bankans að reikna út uppgjörsgengi samningsins og skuli uppgjörsgengið miðað við síðasta gildisdag samningsins. Við matið á genginu þennan dag skuli bankinn afla sér upplýsinga frá innlendum og erlendum bönkum eftir því sem við eigi. Á þeim tíma sem hin umþrættu lögskipti hafi átt sér stað hafi íslensku bankarnir verið

viðskiptavakar á markaði og hafi, þegar um miðjan mars 2008, hætt að gefa út gengi gjaldmiðla. Stefndi haldi því fram að sökum þess hve grunnur markaðurinn hafi af þessum sökum verið, hafi í raun ekki verið hægt að gefa út marktækt gengi, 7. október 2008. Í kjölfar þess að gjaldeyrishöftin hafi tekið gildi í byrjun nóvember hafi verið girt fyrir að aðilar ættu í afleiðuviðskiptum með íslenska krónu. Af þeim sökum hafi bankinn ekki getað reiknað út hvað samningsaðili hefði átt að greiða eða fá greitt frá þriðja aðila fyrir að ganga inn í viðskiptin, þar sem þriðju aðilar hafi ekki getað gengið inn í samninginn vegna gjaldeyrishaftanna. Þessi ómöguleiki geri það að verkum að samningurinn hafi í raun verið einskis virði þar sem enginn aðili hafi lögum samkvæmt getað gengið inní samninginn. Af þeim sökum hafi bankinn ekki, á sínum tíma, getað framkvæmt útreikning, sem átt hafi að fara fram 14 dögum eftir að samningurinn hafi fallið úr gildi. Ef litið sé til framangreindra skilmála sjáist að reiknað uppgjörsgengi hefði átt að fara fram á síðasta gildisdegi samningsins, sbr. gr. 4.2 og gr. 10.2. Af þessum sökum séu rök fyrir því að miða beri við viðmiðunargengi samningsins, 7. október 2008, í stað uppgjörsgengis samkvæmt hverjum og einum samningi en 7. október hafi verið dagurinn, þegar FME hafi yfirtekið stefnanda. Vakinn sé athygli á því að stefnandi hafi ekki sinnt þeirri skyldu sinni að reikna út tap eða hagnað skv. gr. 4.2 og gr. 10.2. Ástæðu þess megi líklega rekja til þess að skilmálarnir beri með sér að slíkt uppgjör eigi ekki að fara fram, þegar stefnandi sé í vanefnd samkvæmt samningnum. Hin ástæðan gæti verið að stefnandi hafi ekki getað annast útreikninginn, þar sem nánast engin viðskipti hafi átt sér stað á tímabilinu og því ógerlegt að reikna út hagnað og tap samkvæmt skilmálum samningsins. Í viðræðum stefnanda og stefnda hafi komið fram að stefnandi hafi reiknað út stöðu saminganna miðað við 7. október 2008 og niðurstaðan verið sú að staða samninganna væri þá neikvæð um 144 m.kr. en sú upphæð taki ekki með í reikninginn ytra umhverfi, svo sem bann við gerð slíkra samninga og það hversu grunnur markaðurinn hafi verið. Stefndi byggi á því að við þessi skilyrði beri að taka umrædda þætti með í reikninginn til lækkunar. Samræmist slíkt túlkun erlendum dómafordæmum, þar sem reynt hafi á útreikning á stöðu ISDA samninga. Skorað sé á stefnanda að leggja þessa útreikninga fram. Krafa stefnda um lækkun á dráttarvaxtakröfu stefnanda byggi á því að reikna beri dráttarvexti, ef til komi, á grundvelli 7. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001. Stefndi telji að hann hafi í greinargerð sýnt fram á að skilyrði nefndrar lagagreinar séu uppfyllt en þar sé kveðið á um að ef atvik sem varði kröfuhafa og skuldara verði ekki um kennt valdi því að greiðsla fari ekki fram skuli ekki reikna dráttarvexti þann tíma sem greiðsludráttur verði af þessum sökum. Sama eigi við ef greiðsla fari ekki fram vegna þess að skuldari neiti vanefndaúrræða gagnvart kröfuhafa eða haldi af öðrum lögmætum ástæðum eftir greiðslu eða hluta hennar. Horfa verði til þess að stefnandi hafi skapað þær aðstæður sem upp hafi komið í viðskiptum stefnanda og stefnda og stefndi hafi með engum hætti komið í veg fyrir. Samkvæmt skilmálum SFF, sem gilt hafi um viðskipti stefnanda og stefnda, hafi stefnandi átt, ef einhver krafa hafi verið fyrir hendi, sem ekki hafi mátt rekja til vanefnda stefnanda, að reikna út uppgjörsgengi samninganna frá þeim degi, sem þeim hafi verið lokað. Stefnandi hafi haft til þess 14 daga skv. gr. 4.2 og gr. 10.2 í skilmálum SFF. Athafnir stefnanda hafi verið tilviljanakenndar frá október 2008 og hafi afstaða stefnda formlega verið kynnt stefnanda 15. apríl 2009. Þeirri afstöðu hafi fyrst verið efnislega svarað 27. júlí 2010. Stefnandi hafi sýnt af sér mikið reiðuleysi og sem fagaðili í viðskiptunum eigi hann ekki að njóta þess að meintar kröfur beri dráttarvexti frá bankahrúni. Stefndi haldi því aðallega fram, að nái dómkröfur stefnanda fram að ganga að öllu leyti eða hluta, eigi að reikna dráttarvexti samkvæmt lögum 38/2001 einum mánuði eftir dómsuppkvaðningu en

til vara mánuði eftir að stefnandi hafi sent stefnda rökstutt innheimtubríf sem dagsett hafi verið 27. júlí 2010.

Af hálfu stefnanda er á því byggt að ekkert tilefni sé til að lækka kröfur stefnanda en enginn tölulegur ágreiningur sé í málinu. Hvað varði kröfu um lækkun dráttarvaxta byggir stefnandi á því að dráttarvaxtakrafan sé í fullu samræmi við 7. mgr. 7. gr. markaðsskilmála stefnanda, 2. gr. SFF skilmálanna og 5. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Dráttarvaxta sé þannig krafist frá gjalddaga til greiðsludags.

Eins og áður hefur verið rakið er því hafnað að stefnandi hafi vanefnt þá 14 afleiðusamninga, sem um er deilt í máli þessu. Er varakröfu stefnda, byggðri á þeirri málsástæðu að stefnandi hafi vanefnt samningana, því hafnað.

Eins og áður hefur verið rakið var lokadagur þeirra 14 afleiðusamninga sem um er fjallað í máli þessu 16. október og 21. október 2008. Lokadagur samninganna var jafnframt gjalddagi þeirra samkvæmt 7. mgr. 7. gr. markaðsskilmála stefnanda, sem staðfestir höfðu verið af stefnda. Ber skuld stefnda því dráttarvexti samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, sbr. 1. mgr. 5. gr. laganna, frá 16. og 21. október 2008.

Við aðalmeðferð máls þessa var þeirri málsástæðu haldið fram af lögmanni stefnda að útreikningar stefnanda á skuld stefnda væru rangir. Þá var þeirri málsástæðu enn fremur haldið fram af lögmanni stefnda að dráttarvaxtakrafa stefnanda væri fallin niður sökum tómlætis. Af hálfu lögmanns stefnanda var þessum málsástæðum mótmælt, sem of seint fram komnum. Á umræddum málsástæðum var ekki byggt í greinargerð stefnda né er þær að finna í öðrum skjölum málsins. Samkvæmt 5. mgr. 101 gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála skulu málsástæður koma fram jafnskjótt og tilefni verður til. Að öðrum kosti má ekki taka tillit til þeirra nema gagnaðili samþykki. Með vísan til þessa og framangreindra andmæla stefnanda, koma umræddar málsástæður ekki til álita.

Með hliðsjón af öllu framangreindu verður stefndi dæmdur til að greiða stefnanda 242.757.704 krónur ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 229.420.704 krónum frá 16. október 2008 til 21. október 2008, af 243.275.704 krónum frá 21. október 2008 til 18. mars 2009 og af 242.757.704 krónum frá 18. mars 2009 til greiðsludags. Samkvæmt þessari niðurstöðu og með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála verður stefndi dæmdur til að greiða stefnanda málskostnað og telst hann hæfilega ákveðinn 1.500.000 krónur. Hefur þá verið tekið tillit til virðisaukaskatts.

Þórður S. Gunnarson héraðsdómari kveður upp dóm þennan.

Dómsorð:

Stefndi, Toppfiskur ehf., greiði stefnanda, Glitni banka hf., 242.757.704 krónur ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og

verðtryggingu af 229.420.704 krónum frá 16. október 2008 til 21. október 2008, af 243.275.704 krónum frá 21. október 2008 til 18. mars 2009 og af 242.757.704 krónum frá 18. mars 2009 til greiðsludags. Stefndi greiði stefnanda 1.500.000 krónur í málskostnað.

Þórður S. Gunnarsson